



VICERECTORADO ACADÉMICO
DIRECCIÓN GENERAL DE LOS ESTUDIOS DE POSTGRADO
AREA DE FILOSOFIA
MAESTRÍA EN FILOSOFIA

TRABAJO DE GRADO

DILEMAS MORALES, DERECHO Y FUNCION JUDICIAL Un estudio Conceptual

Presentado por
Juan Carlos Márquez Cabrera

Para optar al Título de
Magíster en Filosofía

Tutora
Profa. Dra. Corina Yoris

Caracas, 04 de noviembre de 2013



VICERECTORADO ACADÉMICO
DIRECCIÓN GENERAL DE LOS ESTUDIOS DE POSTGRADO
AREA DE FILOSOFIA
MAESTRÍA EN FILOSOFIA

APROBACION DEL TUTOR

Por la presente hago constar que he leído el Trabajo de Grado, presentado por el ciudadano **Abogado Juan Carlos Márquez Cabrera**, portador de la Cédula de Identidad 10336405, para optar al Título de Magíster en Filosofía, cuyo título definitivo es: **Dilemas Morales, Derecho y Función Judicial. Un enfoque conceptual**; y manifiesto que dicho Trabajo reúne los requisitos y méritos suficientes para ser sometido a la evaluación por parte del jurado examinador que se designe.

En la Ciudad de Caracas, a los cuatro días de noviembre de 2013.

Corina Yoris

CI. 3.230.381



VICERECTORADO ACADÉMICO
DIRECCIÓN GENERAL DE LOS ESTUDIOS DE POSTGRADO
AREA DE FILOSOFIA
MAESTRÍA EN FILOSOFIA

DILEMAS MORALES, DERECHO Y FUNCION JUDICIAL
Un estudio Conceptual

Autor: Juan Carlos Márquez Cabrera

Tutora: Dra. Corina Yoris

Fecha: 04 de noviembre de 2013

RESUMEN

El presente trabajo monográfico es una indagación teórica sobre los dilemas morales y su incidencia en el derecho. En particular, aborda el problema de la solución de los casos trágicos y de las situaciones dilemáticas cuando adquieren una dimensión institucional y deben ser resueltas por agentes morales calificados como los jueces. A partir de la constitucionalización del sistema jurídico, se sostiene que las situaciones de dilema moral pueden presentarse en el ámbito judicial, como una clase especial de casos difíciles. Lo distintivo de estas situaciones es que no pueden ser resueltas racionalmente por el juez, porque el sistema jurídico no prevé una norma general de la cual inferir la respuesta. Se asume que es posible distinguir las situaciones de dilema de aquellas que se denominan conflictos normativos simples, a partir de las dos posiciones antagónicas. Por una lado, los defensores de la idea de sacrificio y del mal inevitable y, por otro, los defensores de la tesis de la indeterminación normativa del sistema jurídico. Consideramos que la indeterminación es común a los ámbitos moral y jurídico y nos decantamos por la idea de que los dilemas no pueden ser resueltos, apelando a aquel ámbito de la razón práctica exclusivamente. Nuestra conclusión es que el ideal regulativo de la sujeción del juez a la ley es incompatible con las situaciones de dilema.

Palabras clave: Filosofía moral, dilemas, casos trágicos, casos difíciles, incommensurabilidad, incomparabilidad, mal inevitable, principios constitucionales, indeterminación normativa, integridad, neoconstitucionalismo.

INTRODUCCION, 1

PRIMERA PARTE

LA POSIBILIDAD DE DILEMAS MORALES, 11

CAPÍTULO I

DE LA IDEA DE SISTEMA A LOS DILEMAS MORALES, 12

- 1.1.Sistema normativo, consistencia y coherencia, 13
- 1.2.Estrategias ante las inconsistencias del sistema moral, 18
 - 1.2.1. Eliminar el conflicto, 20
 - 1.2.2. Resolver el conflicto, 21
 - 1.2.3. Prevenir el conflicto, 23
- 1.3.Aproximación a la noción de dilema moral, 23
 - 1.3.1. Elementos, 28
 - a. Obligación moral, 28
 - b. Conflicto moral, 31
 - c. Inexistencia de criterios de solución del conflicto, 35
 - d. Sacrificio o pérdida, 38
 - 1.3.2. Dilemas de obligación, dilemas de deber y dilemas de deseos, 40
- 1.4.Los dilemas morales y los dilemas jurídicos, 42

CAPÍTULO II

LA POSIBILIDAD LÓGICA Y CONCEPTUAL DE DILEMAS MORALES, 45

- 2.1. Lógica y dilemas, 46
- 2.2. Principios lógicos y dilemas morales, 47
 - 2.2.1. Principio voluntarista, 48
 - 2.2.2. Principio de aglomeración, 51

- 2.2.3. Posición crítica de Lariguet, 54
- 2.3. Pluralismo vs. Monismo, 57
 - 2.3.1. Inconmensurabilidad vs. Incomparabilidad, 60
 - a. Inconmensurabilidad, 60
 - b. Incomparabilidad, 64
 - 2.3.2. La equivalencia (empate), 71
- 2.4. El sentimiento de pérdida, 74
 - 2.4.1. Residuo psicológico, 75
 - 2.4.2. Residuo normativo, 80
 - 2.4.3. Mal inevitable, 83
- 2.5. El caso de los conflictos trágicos, 86
 - 2.5.1. La tesis de la distinción, 87
 - 2.5.2. La tesis de la indistinción, 87
 - 2.5.3. La tesis ecléctica, 87
- 2.6. Diferencias entre conflicto normativo simple y dilema moral, 88

SEGUNDA PARTE

LOS DILEMAS MORALES Y LA FUNCION JUDICIAL, 91

CAPÍTULO III

LA SUJECION DEL JUEZ A LA LEY Y LAS SITUACIONES DE DILEMA, 92

- 3.1. La dimensión institucional del sistema jurídico, 93
 - 3.1.1. El juez como agente moral, 107
 - 3.1.2. El juez como “boca de la Ley”, 111
- 3.2. El Principio de Sujeción del Juez a la Ley, 123
 - 3.2.1. Idea regulatoria o exigencia normativa, 126
 - 3.2.2. Contenido, 132

- a. Toda decisión judicial debe estar fundada en normas, 133
 - b. La motivación de las decisiones, 135
 - c. El juez no está autorizado a crear normas, 137
 - d. Presunción de conocimiento del derecho, 137
 - e. Imposibilidad de rechazo de la aplicación de la ley por el juez, 138
 - f. No vinculación al precedente, 139
- 3.3.La vinculación del juez a la ley como garantía ciudadana, 139
- 3.4.El imperialismo de la moral y sus consecuencias en la función judicial, 141

CAPÍTULO IV

LAS RESPUESTAS DEL JUEZ ANTE LOS DILEMAS, 147

- 4.1.Respuestas fundadas en la tesis de la discrecionalidad judicial, 148
- 4.1.1. Contenido, 148
 - 4.1.2. Crítica, 152
- 4.2.Respuestas fundadas en la tesis de la “cláusula de cierre”, 153
- 4.2.1. Contenido, 153
 - 4.2.2. Crítica, 156
- 4.3.Respuestas fundadas en la tesis de la respuesta única correcta, 158
- 4.3.1. Contenido, 158
 - 4.3.2. Crítica, 165
- 4.4.Posiciones teóricas en torno a la respuesta del juez en situaciones de indeterminación normativa, 167
- 4.4.1. Atria y Ruiz Manero, 168
 - 4.4.2. Alchourrón y Bulygin, 170
 - 4.4.3. Martínez-Zorrilla, 171
 - 4.4.4. Lariguet, 173
 - 4.4.5. Laporta, 174
 - 4.4.6. Duncan Kennedy, 178

4.5.(In) compatibilidad entre sujeción a la ley y situaciones dilemáticas, 181

4.5.1. Tesis fuerte (Incompatibilidad), 196

4.5.2. Tesis moderada (Compatibilidad), 197

CONCLUSIONES, 199

REFERENCIAS, 205

INTRODUCCION

La presente investigación es un estudio conceptual sobre la posibilidad de existencia de los dilemas morales y su relación con la función judicial en el Estado de Derecho. Su objetivo fundamental es determinar cómo las situaciones dilemáticas afectan el principio de sujeción del juez a la ley y, cómo esa situación, se compatibiliza con la obligación de los Tribunales de dictar sentencia en todos los casos.

Se intenta identificar las categorías conceptuales que delimitan la noción de dilema moral, con el objeto de distinguirlas de las situaciones de conflicto normativo simple. Para ello, evaluamos las estrategias teóricas que pretenden construir una noción de dilema desde la perspectiva de la filosofía moral.

Teniendo presente que los sistemas constitucionales contemporáneos son sistemas normativos axiologizados, que asumen como sus fundamentos políticos, el pluralismo valorativo y la incorporación de valores morales (a través de normas de principio), hemos partido de la necesidad de establecer las interrelaciones entre los sistemas moral y jurídico, en los denominados casos difíciles¹ y, en particular, en las situaciones dilemáticas.

A partir de ésta interrelación pretendemos determinar si ante situaciones de conflicto normativo extremo, como los representados por los casos trágicos, el sistema moral efectivamente puede auxiliar y completar al sistema jurídico, dotándolo de una respuesta correcta única para cada caso.

Es importante destacar que el estudio de los dilemas morales no ha sido un tema muy popular en la literatura filosófica y menos aún en la filosofía jurídica. Ello quizás, por cuanto prevalece aun en nuestros días una visión fundacionalista² del

¹ Para Martínez (2007), los casos difíciles serían aquellas situaciones en las que la determinación de la respuesta jurídica resulta indeterminada o problemática por la imposibilidad de aplicar directa o mecánicamente el silogismo jurídico. Las dificultades pueden estar relacionadas tanto con las premisas normativas (problemas de relevancia y problemas de interpretación en sentido estricto) como con las premisas fácticas (problemas de prueba y problemas de calificación). (p. 282)

² Según Bermejo (2006) el modelo fundacionalista del sistema jurídico gozaría de las características siguientes: "...a) de una identidad más clara y definida, porque el derecho se perfila aquí como un

sistema jurídico, que sostiene su completitud, consistencia y coherencia. Esta concepción racionalista supone que no son posibles las contradicciones normativas o que las mismas son fenómenos marginales que deben ser tratados a partir de reglas de segundo grado. Esta visión lógica del sistema ha subestimado la presencia de los dilemas y, en no pocas oportunidades, los ha confundido con conflictos normativos simples.

Aun cuando contemporáneamente se ha prestado una mayor atención al tema de los dilemas morales, nuevamente una visión hiperracionalista del sistema jurídico denominada coherentista³, trata de aplacar la importancia de los mismos desde la perspectiva del constructivismo ético (Nino, 1989). A partir de Dworkin (1978), la filosofía del Derecho ha volcado su interés en una concepción interpretativa del sistema jurídico, que nuevamente oscurece la investigación sobre el tema de los conflictos normativos. Sin embargo, en las últimas décadas, se ha desarrollado un intenso debate acerca de los dilemas morales, que gira en torno a su posibilidad y a los problemas que se derivan de los mismos.

Nuestra investigación aborda uno de los aspectos teóricos que se derivan de ese debate general, pues intenta determinar qué debe hacer un juez ante situaciones dilemáticas, para actuar conforme a la moral y a las reglas que gobiernan la función judicial. La situación plantea un importante problema en el ámbito jurídico, pues como señala Martínez (2007) "...los tribunales deben justificar sus decisiones, y en estos casos éstos no pueden, por razones conceptuales, ofrecer una justificación de la decisión tomada, puesto que existen otra/s igualmente (in)justificada/s. En otras

dibujo claramente cerrado, y se postula como autónomo e independiente de otros sistemas sociales y normativos; b) un sistema de este tipo contaría con un mayor grado de estructuración interna, y ello porque entre sus piezas existen relaciones lógicas mucho más firmes y precisas; c) por último, y en virtud del rasgo anterior, el sistema exhibiría un nivel más alto de certeza o de seguridad jurídica, porque, en este tipo de sistema, el problema de identificar la norma válida y aplicable se resuelve mediante una operación mecánica y libre de valoraciones." (p. 271).

³ El modelo coherentista se caracterizaría por "a) desdibujar la identidad del sistema abriéndose indefinidamente hacia convicciones morales y políticas, b) sustituir una lógica exacta por relaciones de alcance y significado indefinible, y c) arriesgar nuestra idea de certeza o de seguridad negando puntos fijos y optando por la aplicación de elementos nuevos en sustitución de los que ya creíamos y consolidados." (Bermejo, 206,271).

palabras, no hay “respuesta correcta” y existe discrecionalidad a la hora de escoger entre las alternativas” (p. 369). Por ello, en las situaciones de dilema moral, sólo se podría hablar de decisiones justificadas en un sentido débil (Leiter, 1995).

El problema fundamental es que según algunos autores los dilemas morales siempre producen el sacrificio de algo valioso, por lo que el juez nunca podrá dictar una resolución justa para ambas partes, lo cual contradice la igualdad ante la ley, la certeza del derecho y la posibilidad de una decisión racional. Aun cuando nuestra investigación es un estudio conceptual, explora distintas consecuencias prácticas y propone algunos esquemas de solución para los casos trágicos y las situaciones dilemáticas. Queremos arrojar luces a la relación existente entre el principio de sujeción del juez a la ley y su obligación de decidir todos los casos, incluso aquellos que se definen como dilemáticos.

Un estudio como el presente es un aporte a la Filosofía Jurídica, en cuanto que desarrolla un tema pendiente de atención dentro del constitucionalismo contemporáneo, referido al rol político de los jueces y a la determinación judicial de los derechos fundamentales.

En el plano teórico, el trabajo pretende abrir la discusión sobre la racionalidad de la actividad judicial y sus posibilidades de control. Asimismo, confronta los ideales que giran en torno a la idea de sistema jurídico y cuestiona la posibilidad de entender el mismo, como completo, coherente y pleno. Todo ello, debido a la complejidad axiológica y al crecimiento exponencial del ordenamiento jurídico.

En el plano práctico, pretendemos ofrecer un esquema para la discusión de jueces y magistrados sobre la idea de sujeción a la ley, sus implicaciones y sus límites. En concreto, nos interesan las relaciones conceptuales que se plantean al tratar de compatibilizar este ideal regulatorio y el deber de decidir justificadamente todos los casos.

En el plano académico, estimamos que nuestra investigación permitirá desarrollar una línea de investigación dentro de la Maestría de Filosofía de la

Universidad Católica Andrés Bello, actualmente poco atendida en la misma y de fundamental importancia.

Hemos dividido nuestra investigación en dos partes. La primera, explora la posibilidad de los dilemas morales. La segunda, se refiere al principio de sujeción del juez a la ley, su alcance y las obligaciones de índole conceptual que se derivan del mismo. Cada parte, posee dos capítulos, en los que hemos intentado sistematizar los principales problemas relacionados con el objeto de nuestra investigación.

En el primer capítulo, se abordan las estrategias de reconstrucción lógica y teórica de las situaciones de dilema moral. Se identifican las distintas actitudes filosóficas asumidas en relación al reconocimiento y existencia de los dilemas. Esta discusión nos permite clasificar las posturas sobre la posibilidad de situaciones dilemáticas en tres grandes grupos, a saber: i) autores que niegan la existencia de los conflictos a través de su eliminación; ii) los autores que reconocen la existencia de los conflictos y proponen fórmulas de solución y iii) los autores que, tras reconocer la existencia de los conflictos, consideran que su superación no debe concentrarse en la etapa de resolución, sino en la etapa de aparición y, en consecuencia, se concentran en el diseño de teorías que garanticen su prevención.

Fijadas las distintas estrategias de reconstrucción teórica, asumimos la tarea de identificar los elementos o categorías conceptuales constitutivas de las situaciones dilemáticas. Nosotros, siguiendo la tradición de autores como Martínez (2007) y Moreso (2005), nos inclinamos por una reconstrucción teórica en un plano epistemológico, es decir, a nivel del conflicto entre obligaciones morales *prima facie*, respecto de las cuales no se puede predicar prevalencia definitiva.

Nuestra posición, se opone a las tesis que afirman la necesidad de reconocer la existencia de los dilemas morales en un sentido fuerte u ontológico, es decir, como verdaderos conflictos entre obligaciones morales definitivas y cuya solución implica siempre el sacrificio de algo valioso.

Esta distinción entre las posturas epistemológica y ontológica, da lugar a una

controversia en relación al número y características de las categorías conceptuales de la noción de dilema moral, la cual, será presentada en éste capítulo y desarrollada en el siguiente. En concreto, en la delimitación de la noción de dilema moral, la idea de sacrificio se asume como una condición contingente en la postura epistemológica y como un requisito necesario y suficiente en la postura ontológica.

Proponemos que la discusión entre ambas posturas depende, en gran medida, de considerar a las situaciones dilemáticas como conflictos de deseos, en lugar de circunscribirlas sólo a los conflictos de obligaciones. Esto conlleva en el primer caso, a una inevitable sensación de pérdida de algo valioso con independencia de la corrección moral de la acción ejercida.

Cerramos el capítulo primero con una propuesta de delimitación entre el ámbito moral y jurídico de los conflictos normativos, por cuanto la axiologización del derecho plantea la validez material de las normas y su justificación moral dentro de una lógica autoritativa, que condiciona institucionalmente a los agentes encargados de su aplicación.

En el segundo capítulo, nos concentramos en el desarrollo y profundización de los argumentos que delimitan la noción de dilema moral, así como en los contrargumentos que se le oponen. Se discute la posibilidad lógica de los dilemas morales a partir de los principios voluntarista y de aglomeración. Se analizan las objeciones de Lariguet (2008), a las reconstrucciones lógicas que pretenden formular una noción de obligación moral, que permite presentar a las obligaciones implicadas en los dilemas como disyuntivas e, igualmente, permitidas desde el punto de vista moral.

En éste capítulo, se abordan dos temas adicionales. Nos referimos al pluralismo valorativo y a la idea de sacrificio. En relación al primero, nuestra investigación expone las teorías de Berlin (1998) y Williams (1973^a), asumiendo la posibilidad de diferenciar las situaciones de inconmensurabilidad, incomparabilidad y empate.

A partir de Chang (1997), distinguimos la posibilidad de establecer jerarquías ordinales y cardinales entre valores, introduciendo diferencias conceptuales entre las situaciones de inconmensurabilidad e incomparabilidad. Según nuestra posición, en todas estas situaciones de dilema (inconmensurabilidad e incomparabilidad), existe una indeterminación en el sistema normativo que impide al agente moral identificar la acción correcta en el caso concreto.

Esta indeterminación normativa no es sólo una indeterminación semántica, sino principalmente, un vacío en el sistema jurídico y moral. Por tal motivo, el agente carece de pautas, criterios y procedimientos que conduzcan a determinar la acción correcta. La noción de indeterminación es la clave de bóveda que nos permite comparar la obligación del juez en las situaciones dilemáticas, con aquella que se le presenta en los casos de lagunas normativas.

Por último, se revisa el alcance de la idea de sacrificio desde sus formulaciones: psicológica (residuo psicológico) y normativa (residuo normativo). En lo fundamental, nuestra crítica a la idea de sacrificio, se centra en el hecho de que no todos los dilemas comportan consecuencias trágicas, por lo que los casos trágicos serían la especie y el dilema moral el género. Asimismo, consideramos que la idea de sacrificio no permitiría distinguir las situaciones dilemáticas de los conflictos normativos simples, lo cual, además de contraintuitivo, parece ser muy problemático desde la perspectiva del agente moral.

Nuestra posición, es que los dilemas sí se distinguen de los conflictos normativos simples. En los primeros, el sistema normativo no establece las pautas o criterios que debe adoptar el agente moral para solucionar la colisión entre los distintos valores en conflicto. En los segundos, estas pautas sí existen y se determinan a través de la ponderación de principios. En los dilemas no es posible inferir del sistema jurídico una única respuesta correcta, mientras que en los conflictos normativos simples.

El capítulo tercero abre la segunda parte de la investigación y se dedica a analizar el alcance del principio de sujeción del juez a la ley, a los efectos de establecer su compatibilidad o incompatibilidad con las situaciones dilemáticas.

En primer lugar, se presenta cuál es el alcance de la dimensión institucional de la interpretación judicial del derecho, evidenciando la doble condición de los jueces como agentes morales y como funcionarios al servicio del Estado. En este sentido, estudiamos la concepción tradicional del juez como “boca de la ley” y su crisis, a partir de la constitucionalización y axiologización del derecho.

La conclusión a la que llegaremos es que la idea de sujeción del juez a la ley, puede ser reconstruida como una condición conceptual y como una prescripción del sistema jurídico. En ambos niveles, ésta condición puede no ser satisfecha por los jueces, ya que siempre tendrían que justificar sus decisiones a partir de normas positivas, lo que les resulta imposible en los casos de dilema y de indeterminación normativa. En efecto, los jueces no pueden motivar sus resoluciones en los casos dilemáticos, ni prever con certeza el contenido de las obligaciones del sistema normativo, pues la actividad judicial en estos casos es meramente creativa.

Por último, en éste capítulo queremos dar cuenta del doble carácter que comporta la vinculación del juez a la ley, como conjunto deberes objetivos y como garantía subjetiva. En uno y otro caso, el principio opera como un mecanismo racionalizador de la función judicial y del poder político del Estado. La idea de sujeción a la ley hoy en día, supone la sujeción a valores y a principios que mantienen viva la longeva discusión entre la ley válida y la ley justa. El deber de obediencia a la ley es condicional y, aún en el ámbito de la función judicial, no opera en forma absoluta y ciega. La discusión contemporánea sobre la axiologización del derecho y su influencia en la función judicial, está asociada a la idea del imperialismo de la moral y a la crisis del iuspositivismo. Ambos aspectos, serán analizados en la parte final de este capítulo.

El capítulo cuarto está dedicado a analizar las distintas propuestas prácticas

formuladas por la filosofía jurídica contemporánea, en torno a la solución de los dilemas normativos desde la perspectiva del juez. Algunas de ellas, se refieren específicamente a casos de dilema moral y otras, a situaciones de lagunas en el derecho. Hemos asumido que las situaciones de dilema se asemejan en su solución a los casos de laguna, en virtud de la indeterminación normativa que aparejan ambos tipos de problema. De este modo, aunque los dilemas morales sean situaciones de conflicto radical, lo que las distingue en definitiva de los conflictos normativos simples, es la imposibilidad de obtener una solución correcta en esos casos.

En consecuencia, resulta posible asimilar los dilemas con las situaciones de laguna en el derecho. En ambos casos, el juez asume la obligación de resolver una situación controvertida, sin contar con algún parámetro establecido previamente en el sistema jurídico (norma general).

A partir de tres estrategias conceptuales ordenamos las distintas propuestas prácticas. Estas estrategias son: i) La fundada en la discrecionalidad judicial; ii) La fundada en la tesis de la cláusula de cierre del sistema normativo y iii) La fundada en la tesis de la respuesta única correcta.

La tesis de la discrecionalidad judicial es tributaria del pensamiento iuspositivista y apela al voluntarismo judicial en los casos de indeterminación, donde el sistema no cuenta con una norma de segundo grado que resuelva la controversia (los así denominados criterios de resolución de antinomias: *Lex superior*, *Lex posterior* y *Lex especial*). Por su parte, la tesis de la cláusula de cierre es igualmente celosa de la idea positivista del sistema normativo, según la cual éste es completo y consistente gracias a ciertas cláusulas que operan como normas residuales, a partir de las cuales todo caso no regulado en forma particular, debe ser resuelto a la luz de dichos criterios. Finalmente, la estrategia más compleja y sin duda más interesante, está representada por la tesis de la respuesta única correcta de Dworkin (1978). Según ella, el derecho es una práctica social compleja que siempre da respuesta a todos los casos planteados, bien a partir de las normas expresas o bien a partir de los valores y

principios que subyacen a las mismas y que modulan la institucionalidad política y moral de una determinada sociedad.

Desde cada una de estas estrategias se puede dar respuesta a todos los casos planteados, aunque cada una de ellas establece distintas fórmulas de solución y argumentos para alcanzarla. La idea de nuestra investigación es presentar una suerte de mapa conceptual, a partir del cual se puedan encuadrar las respuestas concretas que los autores formulan, en relación a los problemas de indeterminación normativa desde la óptica del juez.

En nuestro caso, los autores analizados en esta oportunidad son: Atria (2001) y Ruiz Manero (2005); Alchourrón y Bulygin (2010); Martínez-Zorrilla (2007); Lariguet (2008); Laporta (2007) y Duncan Kennedy (2005). Creemos que nuestra muestra es representativa del debate contemporáneo sobre el tema y de las estrategias antes señaladas, pues cada una de las propuestas defendidas por estos teóricos adopta al menos una de las estrategias comentadas, bajo tesis particulares con distintas denominaciones.

Así las cosas, autores como Atria (2001) y Ruiz Manero (2005) son defensores de alguna versión sofisticada de la tesis de la cláusula de cierre, mientras que Alchourrón (2010), Bulygin (2010) y Martínez-Zorrilla (2007), de la tesis de la discrecionalidad judicial. Laporta (2007), bajo su tesis del derecho implícito, reclama un aire de familia con la tesis dworquiana de la respuesta única correcta, aunque como veremos rechaza el protagonismo de los principios en la construcción del mismo.

Finalmente, autores como Lariguet (2008) y Duncan Kennedy (2005), amparados en la tradición del realismo jurídico, resaltan marginalmente por la particularidad de su enfoque y la peculiar relación de sus propuestas con aspectos políticos de la labor judicial, vinculados al papel del juez en el cambio social y la paz colectiva.

Nuestro capítulo y nuestra investigación se cierran con una sección dedicada a

la relación que existe entre el principio de sujeción del juez a la ley y las situaciones dilemáticas. Esta sección explora (a la luz de las especulaciones teóricas antes señaladas) la (in)compatibilidad entre estos dos elementos y sus posibles relaciones de conciliación.

Recordamos que el estudio de las situaciones de dilema moral es un fenómeno relativamente reciente en la filosofía jurídica, pues aun cuando el tema no es novedoso en el sentido histórico si lo es su tratamiento teórico actual, a partir de la crisis del positivismo jurídico de finales del siglo pasado y a la necesidad de replantear ciertos principios lógicos a la luz de los ideales políticos del pluralismo valorativo.

Quizás, las divergencias en torno a la posibilidad y existencia de los dilemas morales, se deban más a una posición política en torno a la idea de sistema jurídico que verdaderamente, a los elementos conceptuales que los distintos pensadores discuten como conflictivos en la noción misma. Como sea, los dilemas morales son parte de la fenomenología política y jurídica contemporánea y trascienden del plano teórico, proyectando sus consecuencias no siempre favorables en la actividad judicial.

PRIMERA PARTE
LA POSIBILIDAD DE DILEMAS MORALES

CAPITULO I

DE LA IDEA DE SISTEMA A LOS DILEMAS MORALES.

A continuación vamos a esbozar una noción de dilema moral a partir de las principales categorías conceptuales que se admiten en las diversas tendencias del pensamiento filosófico. Desde ya, advertimos que no existe algo parecido a un “consenso” en torno a dichas categorías, ni en relación al papel que juegan las mismas en una delimitación “mínima” del concepto en cuestión.

Introduciremos los elementos que delimitan la noción de dilema moral (obligación moral, conflicto moral, ausencia de criterios para la solución del conflicto y el sacrificio o pérdida), dejando el análisis de cada categoría para el capítulo segundo.

Asumiremos una perspectiva que trata de aislar las categorías propias y exclusivas de las situaciones dilemáticas, para poder diferenciarlas de los conflictos normativos simples. Esta situación enfrenta un doble desafío; por una parte, establecer la posibilidad de dilemas morales frente a quienes los consideran lógica y empíricamente imposibles y, por la otra, determinar si se trata de situaciones de sacrificio principalmente o, por el contrario, de situaciones de indeterminación normativa derivadas de una deficiencia del sistema normativo, por no establecer éste la respuesta correcta en un caso particular.

Nuestra hipótesis es que la indeterminación normativa derivada de la ausencia de criterios o procedimientos para la solución del conflicto, es la condición conceptual necesaria y suficiente que permite distinguir las situaciones dilemáticas de los conflictos normativos simples. Ésta afirmación será objeto de justificación y crítica desde distintas posiciones filosóficas, así como a partir de las reglas de la lógica deóntica.

En el presente capítulo, nos referiremos al compromiso que asumen los sistemas morales con la noción de coherencia y de consistencia lógica y cómo ese compromiso se relaciona con la fenomenología moral. Ésta relación será desarrollada

en capítulos posteriores con mayor profundidad.

Exponemos las principales posiciones que se asumen en torno a las inconsistencias de los sistemas morales y cómo dichas estrategias condicionan la respuesta sobre la existencia y posibilidad de los mismos.

1.1. Sistema normativo, consistencia y coherencia.

Los sistemas normativos pretenden dirigir la acción de los agentes que regulan, con base a ciertas pautas, que permiten valorar la corrección de las conductas desplegadas por los mismos. El sistema moral y el jurídico no escapan a ésta pretensión. Para ello, deben poseer ciertos elementos estructurales que garanticen el cumplimiento de este objetivo (dirigir las acciones satisfactoriamente).

Los sistemas deben ser completos, consistentes y coherentes. Esto significa que siempre deben establecer una respuesta para cada caso individual, por lo que toda conducta debe estar enmarcada en una norma general (plenitud). Asimismo, no puede haber calificaciones deónticas de una misma conducta que prescriban al agente acciones incompatibles, tales como prohibir y permitir una misma conducta (consistencia). Finalmente, las normas que regulan las conductas deben integrarse en forma unitaria, como las piezas de un rompecabezas donde la pluralidad se integra en una unidad (coherencia).

Tanto la plenitud como la consistencia son propiedades lógicas de los sistemas normativos. Según la primera, el sistema carece por completo de lagunas normativas, mientras que para la segunda, carece por completo de antinomias y contradicciones normativas.

La coherencia es una noción más compleja que la consistencia lógica. La idea de coherencia supone que los sistemas normativos integran los distintos valores que tutelan en una unidad armónica, sin jerarquías fijas o lexicográficas que permitan la tiranía de un valor sobre otro.

Los sistemas jurídicos contemporáneos son sistemas normativos altamente

axiologizados como se verá más adelante –capítulo tercero-. La noción de validez jurídica no se reduce a una consecuencia lógica del procedimiento de creación de las normas. Las normas no valen exclusivamente por su pedigrí o por derivarse lógicamente del sistema de fuentes. En la actualidad, las normas están vinculadas y sometidas también a contenidos materiales de índole moral, que se derivan de las exigencias constitucionales usualmente acotadas en un listado de derechos fundamentales, las cuales operan como límites al poder político –constitucionalismo- y determinan un núcleo esencial no disponible por la mayoría parlamentaria –coto vedado-.

Si bien no es objeto del presente trabajo analizar la relación entre el derecho y la moral como sistemas normativos interrelacionados, debemos destacar que ésta relación existe cada vez que el derecho apela a contenidos morales como fundamento de su validez y entiende que las normas jurídicas son razones para la acción que están justificadas moralmente. Tanto el sistema jurídico como el moral deben ser plenos, consistentes y coherentes, si aspiran dirigir la conducta de los agentes que regulan y, en este sentido, uno y otro pueden adolecer de las mismas deficiencias y fallas estructurales. Con esto queremos destacar que cuando el sistema jurídico presenta contradicciones o lagunas y, se apela al sistema moral para resolverlas, no es seguro que éste último no presente las mismas fallas que el primero.

Ante situaciones de conflicto o de laguna normativa donde el derecho no establece una respuesta, apelar al sistema moral para resolverlas puede igualmente conducirnos a conflictos morales, planteados en términos muy similares a los primeros. La incorporación en los sistemas jurídicos de normas de principio frente a las tradicionales reglas, supone cambios significativos en la forma de aplicar e interpretar el derecho. Como señala Bermejo (2006),

...El orden jurídico se configura esencialmente en torno a un orden de principios y valores a los que atribuimos diferente peso o importancia, y que funcionan como centros de gravedad alrededor de los cuales se

disponen todas las reglas del sistema. Estos centros de gravedad son móviles, y su peso o importancia también es variable; sin embargo, el funcionamiento del sistema presupone en todo momento un estado de coherencia entre todos los principios y valores del orden jurídico (p. 205).

Los conflictos como patologías del sistema normativo han puesto en entredicho la idea de sistema, pues se sostiene que no es lógicamente posible predicar la existencia de un sistema jurídico y admitir la existencia de antinomias y conflictos normativos. Las antinomias han sido tratadas apelando a pautas de preferencia normativa y estableciendo criterios de invalidez o inaplicación de una de las normas en conflicto. Por esta razón,

Desde una lógica binaria de la validez, que dos normas de contenido diverso rivalicen en la solución de un mismo conflicto se considera como una imposibilidad lógica; para la lógica clásica, de una contradicción podemos deducir cualquier cosa, y un sistema jurídico no permite una consecuencia semejante. Sistema jurídico y antinomia serían así términos contradictorios. Por esa causa, una posible antinomia dentro del sistema habría que interpretarse como una mera apariencia de antinomia; el intérprete puede hallar dos o más normas que, en apariencia, reproducen una contradicción; pero después de investigar debidamente la lógica del sistema, el intérprete no tardará en comprobar que sólo una de las dos normas en aparente conflicto pertenece al sistema y debe ser aplicada (Bermejo, 2006, 208).

Los criterios de solución de las antinomias más utilizados por esta visión son el de jerarquía, cronología y especialidad, al que se suma el recurso a la discreción judicial. Con ellos, se pretende establecer convencionalmente un conjunto de criterios de preferencia normativa que actúen sobre las contradicciones en forma mecánica y libre de subjetividades (algoritmos lógicos). No obstante, se deja siempre abierta la

posibilidad de acudir a la discrecionalidad del intérprete en caso de que los mismos resulten insuficientes.

Al lado de esta visión tradicional –denominada por muchos como visión fundacionalista del sistema⁴–, a partir de Dworkin (1978), se concibe al sistema jurídico como fuertemente interrelacionado a la moral por estar integrado tanto por reglas como por principios y valores (usualmente presentes bajo la forma de derechos), que representan cartas de triunfo contra el Estado. En tal sentido,

...en un sistema que responda al imperativo de la integridad, las antinomias son previsibles en el nivel de las reglas del sistema, pero éstas siempre pueden hallar una solución objetiva en el nivel de la coherencia entre principios (Bermejo, 2006,210).

El hecho de que la solución se ubique en el nivel de los principios impide reducir los conflictos normativos a un conjunto de reglas lógicas, pues ahora la solución apela al método de la ponderación de valores y razonamientos que no son reducibles a un algoritmo lógico. El ideal de la coherencia implica la presunción de que todas las posibles antinomias pueden hallar respuesta dentro del sistema. Dworkin niega la existencia de antinomias en el nivel de los principios, pues “...el ideal de “coherencia entre principios” que preside el sistema nos exige que contemplemos las posibles colisiones entre los mismos como situaciones de competencia o de rivalidad, pero no como casos genuinos de antinomia o de contradicción normativa” (Bermejo, 2006,211).

Cuando dos principios rivalizan en la resolución de un caso no significa que uno de ellos es inválido, por lo que el juez no debe expulsarlo del sistema

⁴Según Bermejo (2006,271) el modelo fundacionalista del sistema jurídico gozaría de las características siguientes: “...a) de una identidad más clara y definida, porque el derecho se perfila aquí como un dibujo claramente cerrado, y se postula como autónomo e independiente de otros sistemas sociales y normativos; b) un sistema de este tipo contaría con un mayor grado de estructuración interna, y ello porque entre sus piezas existen relaciones lógicas mucho más firmes y precisas; c) por último, y en virtud del rasgo anterior, el sistema exhibiría un nivel más alto de certeza o de seguridad jurídica, porque, en este tipo de sistema, el problema de identificar la norma válida y aplicable se resuelve mediante una operación mecánica y libre de valoraciones.” (p. 271).

jurídicosacrificando así su contenido axiológico. Los principios y valores pueden convivir armónicamente dentro del sistema aun cuando se presenten conflictos entre ellos, pues resulta posible su acomodo y armonización. En los conflictos entre principios los jueces,

...los “ponen en orden” asignando prioridad a uno u otro según las circunstancias y contribuyendo de este modo a reforzar el equilibrio y la coherencia del sistema. En suma, es cierto que los principios entran en disputa, pero la práctica jurídica no se orienta por una técnica de anulación de los principios desplazados en cada caso, sino que nos invita a interpretar la solución a la disputa como una manifestación de estado de orden o de coherencia entre todos los principios del sistema, así como de los diferentes pesos y valoraciones que éste otorga a cada uno. Por esa razón, las colisiones entre principios no representan antinomia o contradicción normativa (Bermejo, 2006,212).

Esta visión del sistema jurídico apela a la existencia de un orden moral subyacente que puede dar respuesta a todo caso individual, en su versión dworquiana conduce a la denominada “respuesta única correcta”, la cual será estudiada en el capítulo cuarto de la presente investigación. Ahora, lo que pretendemos señalar es que esta visión coherentista⁵ del sistema apela a los contenidos morales de las normas jurídicas, porque confía encontrar en ese otro sistema normativo la solución a los problemas de incoherencia y de lagunas normativas de aquel.

Vamos a demostrar que aunque tal apelación puede resultar provechosa en algunos casos, no conduce a solucionar el problema en muchos otros, pues el sistema moral no da una respuesta definitiva y única a los mismos, en tanto que la rivalidad valorativa reproduce su lógica de tensión y contradicción también en ese ámbito de la

⁵El modelo coherentista se caracterizaría por “a) desdibujar la identidad del sistema abriéndose indefinidamente hacia convicciones morales y políticas, b) sustituir una lógica exacta por relaciones de alcance y significado indefinible, y c) arriesgar nuestra idea de certeza o de seguridad negando puntos fijos y optando por la aplicación de elementos nuevos en sustitución de los que ya creíamos y consolidados.” (Bermejo, 2006,271).

razón práctica. En los denominados “casos difíciles”, tanto el sistema jurídico como el moral, pueden resultar conjuntamente indeterminados y las situaciones de conflicto pueden carecer igualmente de respuesta.

Asumiendo que los dilemas morales son casos extremos de conflicto normativo, donde los sistemas jurídico y moral carecen de una respuesta, evidenciamos su importancia en el proceso de aplicación de las normas. En concreto, nos interesaremos por sus efectos en la función judicial y, particularmente, con relación al principio de sujeción del juez a la ley.

Antes de abordar la noción de dilema moral y sus elementos conceptuales, revisaremos las estrategias usualmente desplegadas para enfrentar las inconsistencias en los sistemas morales.

1.2. Estrategias ante las inconsistencias del sistema moral.

Hemos sostenido que la consistencia y la coherencia son propiedades de los sistemas normativos conforme a las cuales éstos carecen de antinomias y contradicciones en el plano lógico y axiológico. Esta propiedad es fundamental si tales sistemas pretenden dirigir la conducta de los agentes morales y distinguir las acciones correctas de las que no lo son.

No obstante, la fenomenología moral demuestra que los sistemas normativos en general y, el moral en particular, pueden presentar situaciones de conflicto donde un agente es incapaz (por razones lógicas y/o empíricas) de cumplir simultáneamente dos normas que resultan aplicables a una misma situación.

Estas situaciones de conflicto parecen demostrar que los sistemas normativos no son siempre efectivamente consistentes y coherentes, como se sostiene en el plano del discurso normativo. De ahí, que existan distintas visiones filosóficas respecto al tratamiento que debe darse a los conflictos e, incluso, que algunas no acepten la posibilidad de que se produzcan los mismos.

Detrás de las distintas concepciones de los conflictos normativos subyace un

compromiso específico con la noción de racionalidad. Estas concepciones pueden clasificarse en dos grupos que, a grandes rasgos, podemos denominar como i) teorías conflictivistas y ii) teorías compatibilistas.

Los autores que suscriben la inexistencia de los conflictos o que admiten que éstos pueden ser solucionados a partir de escalas o criterios de prevalencia, adoptarían un compromiso “fuerte” con la idea de racionalidad, mientras que los que adoptan una visión particularista de los conflictos y establecen soluciones a partir de las dificultades y obstáculos específicos que ellos presentan, se inscriben dentro de una visión moderada de la idea de racionalidad.

Consideramos útil la clasificación propuesta en la medida que permite distinguir entre las teorías que consideran posible solucionar racionalmente los conflictos, de aquellas que no admiten tal posibilidad. En efecto, las teorías racionalistas “...deben ser discernidas de aquellas que postulan una tesis escéptica extrema o irracionalista conforme la cual ningún conflicto puede resolverse racionalmente, pues allí donde se cree ver racionalidad, intervienen en realidad cuestiones ideológicas o completamente subjetivas.” (Lariguet, 2008, 219)

Según los compatibilistas los conflictos normativos son sólo aparentes, ya que al identificar las normas aplicables en un caso concreto, surgen las verdaderas y definitivas obligaciones aplicables. El conflicto es una mera apariencia de contradicción entre obligaciones *prima facie*. Entre las principales tesis compatibilistas destacan: a. La tesis de la delimitación, b. la tesis de la compatibilidad, c. La tesis de la armonía y d. La tesis de la comparabilidad⁶.

⁶ Lariguet (2008, 262-267), resume el postulado de las referidas teorías como sigue: **Tesis de la delimitación:** Según esta tesis, los derechos no configuran un “campo de pelea”. Tal campo es ilusorio. Lo que se requiere es una adecuada delimitación de las “esferas” de aplicación de cada derecho, esto es, una adecuada especificación de las condiciones bajo las cuales resulta legítimo ejercer un derecho. De acuerdo a esta forma de pensar, lo que se considera “conflicto de derechos” no es más que la manifestación de un fenómeno constatable: el de un sujeto que se “extralimita” en su acción e invade el campo de lo no permitido por las normas, por ejemplo por los llamados principios constitucionales. No hay conflictos auténticos de derechos; solamente hay “abuso” de derechos producidos por un titular que se ha extralimitado ingresando en la esfera de acción de otro titular de derechos. Basta, entonces, con respetar lo que los constitucionalistas llaman el “contenido esencial” de

Los conflictivistas reconocen la posibilidad lógica y empírica de conflictos y establecen criterios y procedimientos que se orientan a solucionarlos. Se trata de la denominada tesis de la resolución. En la teoría jurídica este planteamiento es usualmente defendido por los teóricos de la ponderación. Para Lariguet (2008), la teoría de la resolución posee dos objeciones,

- a. En primer lugar, la ponderación es más bien un recurso ideológico con que el juez ordena un conflicto según sus propios valores y,
- b. En segundo lugar, la obligación que tienen los jueces de resolver todos los conflictos no los exime de solucionar los mismos, sin sacrificio de alternativas valiosas.

Así las cosas, podemos decir que existen tres estrategias en el discurso teórico en relación al problema de los conflictos normativos, las cuales consisten en: “eliminar”, “resolver” y “prevenir” los mismos.

1.2.1. Eliminar el conflicto.

La tesis negadora asume que en el sistema normativo sólo hay una respuesta correcta y, en consecuencia, una sola norma aplicable o “adecuada” para resolver

cada derecho y considerar a estos como “átomos” que no se tocan. **Tesis de la compatibilidad:** Una tesis como la anterior desencadena la siguiente: los derechos son “compatibles”. Esto significa que para “satisfacer un derecho” no se requiere “sacrificar” otros derechos. En otras palabras, la compatibilidad de los derechos significa que se pueden “satisfacer todos a la vez”, así como satisfacer en forma conjunta todas las obligaciones principales y/o accesorias que ellos generen. Conforme esta manera de pensar, no se suscita un problema típico de los dilemas: la imposibilidad de satisfacción conjunta de derechos y obligaciones incompatibles. Una tesis que defiende la compatibilidad de los derechos, es decir, una tesis “compatibilista”, es necesariamente una tesis “no conflictualista”. Los conflictos, así, son meramente aparentes. **Tesis de la armonía:** Según esta tesis los valores o principios forman redes coherentes y ordenadas. Es decir: los valores o principios no resultan incompatibles. Esta manera de pensar se encuentra presente en diversos mundos. Por ejemplo, en un artículo de 1923 sobre el método científico y las ciencias morales George H. Mead sostenía una idea de este estilo. Por lo tanto, no resulta extraño encontrar ideas parecidas en argumentos judiciales. La idea de una unidad coherente es el núcleo del presupuesto de armonía. **Tesis de la comparabilidad:** Según esta tesis los valores no sólo son compatibles sino bienes unitarios y comparables. Esto tiene una consecuencia en el terreno del conflicto. Si, eventualmente, se produjese algún conflicto, habría una solución racionalmente justificable dada por la posibilidad de “comparar” los valores, bienes o principios en conflicto.

el conflicto. Estas teorías, diseñadas bajo la influencia kantiana tienden a “eliminar” los conflictos (obligaciones non colliduntur). Según Lariguet (2008), “...en la teoría jurídica la hipótesis de un “legislador racional” esto es, de un legislador que legisla ordenamientos plenos y no contradictorios puede ser usada como una herramienta destinada a eliminar dilemas genuinos” (p. 222).

En el ámbito de la filosofía moral, la tesis negadora del conflicto suele asumir la versión de los deberes u obligaciones *prima facie*. Una obligación o deber es *prima facie* en función de la posición que ocupa dentro del razonamiento moral acerca de lo que debemos hacer en una situación concreta. Cada situación de conflicto presenta distintas obligaciones con distintos grados de importancia para el sujeto. Nuestro deber, en esas circunstancias, es cumplir aquella obligación que por su importancia desplaza a las otras obligaciones menores, razón por la cual, deben determinarse todas las condiciones de relevancia del caso individual y determinar la obligación sobreviviente.

Un deber *prima facie* no depende ni de su contenido ni de su estructura, sino de qué lugar ocupa a la hora de determinar qué debemos hacer. Esto significa que en otras circunstancias un deber *prima facie* puede resultar nuestra obligación definitiva. El cumplimiento de la promesa o de la obligación debe reputarse como de mayor importancia desde el punto de vista moral, desplazando a las demás obligaciones en conflicto para superar su carácter preliminar o *prima facie* y convertirse en definitiva o prevalente. La noción de “derecho *prima facie*” es una variación del concepto de “obligación o deber *prima facie*” desarrollado por Ross (1930).

1.2.2. Resolver el conflicto.

Las teorías que reconocen que los conflictos no son sólo aparentes (entre obligaciones *prima facie*) sino reales (entre obligaciones prevalentes) asumen que los mismos pueden ser resueltos mediante reglas y procedimientos racionales. Para ello, establecen criterios que resuelven las situaciones de antinomia normativa. Estos

criterios operan como normas de segundo grado, que expulsan las situaciones de conflicto y mantienen la coherencia y consistencia del sistema.

Según Lariguet (2008), las teorías que buscan la resolución del conflicto no necesitan un concepto fuerte de obligación como las teorías compatibilistas, sino más bien "...una batería de criterios para establecer "escalas" de ordenación de preferencias conflictivas" (p. 222).

Un punto de partida fundamental en la estrategia de los autores que admiten el conflicto es su concepción del sistema moral. Para estos autores, el sistema es concebido como algo ya dado e integrado por elementos establecidos que en ciertas ocasiones pueden resultar limitados y no ofrecer una respuesta única y determinada. Se rechaza que los elementos del sistema estén dados en su totalidad, debido a que algunos de ellos no han sido descubiertos o comprendidos aún. En otras palabras, el sistema es concebido como una entidad que requiere, en cada circunstancia individual, ser descubierta y explorada para determinar la conducta correcta.

En tal sentido, las situaciones de conflicto en general y de dilema en particular, pueden ser interpretadas como casos en los cuales el sistema normativo carece de respuesta (indeterminación en sentido fuerte) o, como casos en los cuales no somos capaces de conocerla por diversas razones (indeterminación en sentido moderado o epistémico). En ambas presentaciones, la indeterminación no supondría un problema de inconsistencia o coherencia, sino más bien de vacío o laguna en el sistema normativo. Según Martínez (2007),

...esta visión es más proclive a sostener que las situaciones de dilema son aparentes y que éstos son en realidad imposibles; si nos parece que existe un dilema es porque aún no hemos descubierto la respuesta correcta (pp. 336-337).

1.2.3. Prevenir el conflicto.

Las teorías que buscan prevenir los conflictos lo que pretenden es establecer los medios más adecuados para reducir el número de éstas situaciones, con base a la experiencia y los antecedentes previos en cada caso. Son particularistas, concretas y se construyen sobre conceptos a posteriori. Como su nombre lo indica, no buscan evitar los conflictos, pues los consideran inevitables sino prevenirlos o reducirlos.

Para Lariguet (2008), a veces no será posible una satisfacción simultánea y completa de los derechos en conflicto. Esta satisfacción completa sólo puede darse en una versión de la armonía perfecta de los valores. La existencia de alternativas incompatibles de imposible satisfacción mutua,

...dejaría en pie el valor teórico de la idea de sacrificio de derechos ya que uno de ellos deberá ser sacrificado para satisfacer el otro. Lo que afirmo explica porque la idea de dilemas de sacrificio es tan compleja: se requiere incluso para examinar qué se pierde en situaciones de inconmensurabilidad y empate, pero, además, es una categoría de análisis relativamente independiente de las otras dos (pp. 274-275).

No sólo se reconoce el conflicto sino la incapacidad del sistema moral para resolverlo, al margen de la teoría moral subyacente y la consistencia lógica de los sistemas normativos implicados. En nuestra opinión, ésta posición apunta a aspectos más institucionales que morales. Se refiere a la forma en que habría que organizar las sociedades para prevenir los conflictos y cómo el Derecho (como principal institución involucrada en la solución) debe adecuarse a esa realidad conceptual.

Ésta formulación teórica pertenece más al campo de estudio de la Teoría Política, la Sociología del Derecho, la Psicología Social o la Teoría de las Organizaciones, que a la Filosofía Moral propiamente dicha.

1.3. Aproximación a la noción de dilema moral.

Trataremos ahora de presentar las categorías conceptuales que configuran

la noción de dilema moral, a partir de la noción de conflicto normativo como género del cual aquella es una especie. Seguiremos los planteamientos de dos teóricos de los conflictos, a saber: David Martínez-Zorrilla (2007) y Guillermo Lariguet (2008). Aunque sus propuestas difieren en no pocos aspectos, creemos no sólo posible sino enriquecedora la integración de sus visiones del problema.

Luego de reconocer la existencia de verdaderos conflictos normativos en los sistemas morales, asumimos la necesidad de diferenciar los dilemas de los conflictos normativos simples, sin acudir a la posibilidad o no de respuesta en los mismos. Esto significa que, aspiramos determinar conceptualmente cómo se presentan las situaciones dilemáticas y, cómo se diferencian de los conflictos normativos simples, sin referirnos a la posibilidad de su solución.

Nuestra noción de dilema moral partirá de las categorías conceptuales de: i) obligación moral como obligación definitiva o prevalente, ii) la existencia de conflictos sólo entre obligaciones *prima facie* y iii) la necesidad de criterios o procedimientos para establecer las obligaciones prevalentes de entre varias *prima facie* en conflicto. Tomaremos el concepto de obligación moral desarrollado por Martínez (2007), a partir de Zimmerman (1996) y, asumiremos preliminarmente –siguiendo a Lariguet (2008)–, la necesidad de atender la noción de “perdida” o “sacrificio” como conceptualmente necesaria, sin perjuicio de que –en nuestra opinión– posea un carácter contingente y, en consecuencia, no suficiente para delimitarla universalmente.

Toda aproximación a la noción de dilema moral tiene como fundamento la idea de conflicto moral. Esto es, el conflicto normativo que se produce dentro del ámbito de la moral. El conflicto es una “situación en que el agente no puede empíricamente satisfacer conjuntamente las exigencias impuestas por todas las normas aplicables al caso, que sí pueden satisfacerse individualmente, pero de tal modo que el cumplimiento de alguna/s de ella/s impide el de la/s otra/s.” (Martínez, 2007, 278). En consecuencia, el conflicto moral es una situación en la que el agente no

puede satisfacer conjuntamente todas sus obligaciones morales. Resulta irrelevante si la imposibilidad de satisfacer las obligaciones morales se debe a una inconsistencia lógica del sistema o a razones estrictamente empíricas, pues lo que no es posible lógicamente tampoco lo es empíricamente.

El conflicto plantea la necesidad de determinar de entre varias obligaciones aplicables cuál de ellas es la que resulta correcta o debe prevalecer en la situación específica de conflicto. Esto equivale a decir que existen obligaciones que prevalecen y otras que son vencidas o, que realmente no eran aplicables a la situación de conflicto, como preliminarmente se consideraba antes de conocer a fondo las circunstancias del caso.

Partimos de la idea de que el sistema normativo nos procura los elementos necesarios para identificar la respuesta correcta en cada caso y, en ese sentido, conecta problemas con soluciones a nivel normativo. Es decir, determina la solución que corresponde en caso de conflicto, a partir de ciertas propiedades que van develando la norma relevante. Ahora bien, pueden haber casos donde exista indeterminación por parte del sistema normativo y el moral no es la excepción. Nos referiremos exclusivamente a la indeterminación normativa, por lo que excluimos otras formas de indeterminación provenientes de "...los problemas epistémicos (desconocimiento de los hechos relevantes) o los problemas de vaguedad (ya se entienda ésta como una cuestión semántica o epistémica)" (Martínez, 2007,292). La indeterminación normativa se produce cuando el sistema moral no es capaz de ofrecernos una obligación definitiva de entre un conjunto de obligaciones preliminares *prima facie*.

Esta situación de indeterminación normativa la denominaremos dilema moral y puede ser definida como "...aquella situación de conflicto moral en la que no puede determinarse la obligación definitiva de entre las obligaciones *prima facie*" (Martínez, 2007,292). Si estas situaciones de indeterminación normativa son posibles, los agentes morales –y el juez en particular- no podrán identificar la acción correcta en

cierto tipo de conflictos morales y, en consecuencia, no podrán justificar sus acciones a partir de las normas del sistema, lo cual es el tema central de la presente investigación –vinculación del juez a la ley-. La posibilidad de que este tipo de indeterminación trascienda del ámbito moral al jurídico, a través de los denominados principios constitucionales es muy grande, pues la estructura y contenido axiológico de ésta clase de normas resulta propicia a todo tipo de indeterminación. Por ello, en los siguientes capítulos analizaremos la obligación de la sujeción del juez a la ley en situaciones dilemáticas.

Uno de los mayores problemas que ha presentado el estudio de los dilemas morales es el uso de ésta categoría en sentidos diversos y muchas veces contradictorios. Por dilema moral, se suele entender una situación equivalente a la de conflicto moral, a la de un conflicto irresoluble y, dentro de ésta última acepción, a la de conflicto irresoluble entre obligaciones definitivas.

Nosotros asumiremos que las situaciones de conflicto moral que se derivan de la indeterminación normativa del sistema deben ser llamadas dilemas y, en consecuencia, todo dilema implica que el sistema moral carece de reglas, criterios o mecanismos que establezcan una prioridad entre las distintas obligaciones aplicables al conflicto. En tal sentido, podemos identificar dos tipos de situaciones que podrían dar lugar a un dilema moral:

- a) Cuando exista una equivalencia entre distintas obligaciones *prima facie* involucradas en el conflicto. Como indica Martínez (2007) “...la aplicación de las reglas o criterios para la valoración de cada uno de los cursos de acción da como resultado que varias alternativas “valen” lo mismo, de modo que al no haber una mejor que todas las demás, no podemos hacer uso del concepto de obligación moral como alternativa que conduce al mundo accesible de mayor valor deóntico para determinar lo que debemos hacer” (p. 293)

- b) Cuando exista inconmensurabilidad entre las distintas obligaciones prima facie, pues las alternativas no serán siquiera objeto de comparación y no podría evaluarse cuál es la mejor entre todas.

De la noción expuesta hasta ahora destacan varios elementos que a continuación pasamos a precisar. En primer lugar, la noción de obligación moral y su alcance. Qué debemos entender por obligación moral y qué elementos conceptuales la integran. En segundo lugar, el problema del conflicto y los elementos que lo conforman. En particular, nos interesa el estudio de las obligaciones prima facie y de las obligaciones prevalentes. Es importante destacar que nos referiremos a la prevalencia en sentido moral y no en sentido lógico, vinculado a la derrotabilidad de las normas. En tercer lugar, tenemos el problema de la inexistencia de escalas y criterios normativos que decidan el conflicto.

Nuestra propuesta no goza de unanimidad en el ámbito de la filosofía moral. En la actualidad, existen dos grandes tendencias: una, que se inclina por identificar los dilemas con la ausencia de criterios y escalas para resolver el conflicto (indeterminación normativa) y, otra, que pone el énfasis en la noción de pérdida y sacrificio como elemento que distingue los dilemas de los conflictos normativos simples. Por este motivo, estudiaremos en el presente capítulo y en el siguiente, el problema del sacrificio en los dilemas. No obstante, la posición adoptada en el presente trabajo es tributaria de las investigaciones de Martínez (2007) y Zimmerman (1996) y compartida por otros autores entre los que destaca Barbieris (2008). Este último, comparte el criterio de la indeterminación normativa y entiende por dilema moral "...cualquier situación en la que un agente debe elegir entre dos acciones que (a) se excluyen mutuamente (no se puede hacer tanto una como la otra) y (b) de las que ninguna de ellas es claramente preferible a la otra" (Barbieris, 2008,188).

1.3.1. Elementos.

a. Obligación moral.

Cuando hablamos de obligación moral queremos significar que algo es obligatorio moralmente o que un sujeto se halla bajo una obligación moral, independientemente de que tipo de moral asuma (deontológica, de la virtud, teleológica, etc.). Es decir, no vamos a estudiar aquí las obligaciones morales en concreto que uno u otro modelo normativo puedan establecer. En el presente trabajo, asumiremos la noción de obligación adoptada por Martínez (2007), a partir del trabajo de Zimmerman (1996), según la cual, el fundamento de toda obligación moral es la maximización del valor deóntico. En otras palabras,

...aquello que resulte nuestra obligación moral será aquél comportamiento que, entre todas las alternativas disponibles, redunde en una situación de mayor valor deóntico (valor que estará determinado en función de la teoría ética normativa que se esté manejando). Esto equivale más o menos a la afirmación de que el agente debe, de entre todos los comportamientos que puede llevar a cabo, hacer aquél que conduzca a una situación del mayor valor moral” (Martínez, 2007,279).

El concepto anterior exige varias puntualizaciones respecto a su contenido. En primer lugar, cuando hablamos de la existencia de una alternativa disponible, asumimos que puede ser opcional para el agente moral realizarla o no y, en segundo lugar, que la maximización del valor deóntico conduce consecuentemente a la posibilidad de acceder a un estado de cosas moralmente superior, que aquel que hubiera existido tras adoptar otra acción cualquiera de las posibles. Es decir, “...la obligación moral será aquella alternativa personalmente opcional que conduzca a un mundo accesible con un valor deóntico superior al de todas las demás alternativas también personalmente opcionales” (Martínez, 2007,279). Así las cosas, la obligación moral comporta:

- a. Que un comportamiento sea personalmente opcional. Esto quiere decir que el agente pueda empíricamente realizarlo o dejar de hacerlo. La posibilidad empírica no se refiere a que la acción sea posible moralmente, ni a que sea permitida por el sistema moral. Esto es lo que se conoce como que la acción sea facultativa, que el agente puede realizarlo o abstenerse moralmente de realizarlo. Como veremos más adelante, que el comportamiento sea personalmente opcional es muy importante porque asume la posibilidad de satisfacer el principio voluntarista del “debe implica puede”.

Lo fundamental es que un comportamiento no puede ser obligatorio moralmente –más allá del tipo de moral al que hagamos referencia- cuando no es posible empíricamente. En la concepción de Zimmerman (1996) y Martínez (2007), se asume el principio voluntarista en su versión fuerte, esto es, el agente puede realizar efectivamente la opción que escoja y tiene el control de accionar o abstenerse. En una versión moderada de este principio, sólo sería necesario para considerar una conducta como obligatoria que ésta fuera empíricamente posible. Pero si sólo es necesario esto “...podría ser obligatorio realizar algo que es empíricamente inevitable (puesto que es posible hacer lo que no se puede evitar hacer), o ser obligatorio abstenerse de hacer lo que es empíricamente imposible (por análogas razones)” (Martínez, 2007,280).

- b. El concepto de mundo accesible implica que el agente puede, a través de su acción u omisión, llegar a un estado de cosas que maximiza los valores deónticos perseguidos. Los agentes provocan cambios en el mundo a partir de los comportamientos que adoptan y estos cambios conducen a distintos “mundos accesibles”. Se accede a un estado de cosas nuevo a partir de la adopción del comportamiento por parte del agente. Los mundos accesibles serían de ese modo “...estados de cosas a los que se llegaría a partir de la realización de un comportamiento determinado del agente, y que se

caracterizan parcialmente por el hecho de ser mundos en los que el agente lleva a cabo ese comportamiento” (Martínez, 2007,280).

En consecuencia, la obligación moral sería el comportamiento personal que da lugar al mundo accesible que maximice el valor deóntico perseguido. El valor deóntico de los mundos accesibles puede ser tanto positivo –valioso- como negativo –disvalioso-. En aquellos casos, en que todas las alternativas son disvaliosas, el mundo accesible que maximiza el valor deóntico obviamente será el que sea menos disvalioso. Esto será analizado más adelante bajo la perspectiva del sacrificio inevitable y la noción de caso trágico.

La teoría de la obligación moral que asumimos presenta varias ventajas respecto a otras formulaciones teóricas sobre la misma institución, a saber:

- a. Es compatible con posiciones metaéticas cognoscitivistas y no cognoscitivistas. La concepción de Zimmerman (1996) no se refiere a qué tipo de enunciados son los juicios éticos, sino más bien a qué significa que exista una obligación moral. Se trata de un concepto relativo a cuándo existe una obligación moral y a qué condiciones deben estar presentes para que sea verdadera la proposición que afirma que existe la obligación moral. Como señala Martínez (2007), “...las afirmaciones acerca de la existencia de obligaciones morales son enunciados descriptivos, y como tales no tienen por qué ser incompatibles con una concepción metaética no cognoscitivistista, dado que aunque se mantenga que los juicios éticos de deber sean expresiones o prescripciones, siempre es posible también hablar acerca de la existencia de estas expresiones o prescripciones” (p. 282).
- b. No toma partido por las éticas de tipo consecuencialistas excluyendo a las deontológicas. En tal sentido, la maximización del valor deóntico también es compatible con sistemas éticos, como el kantiano que considera que nuestra obligación moral consiste en actuar de modo que se maximice algo que tiene valor en sí mismo -como una promesa por ejemplo- y que es independiente de

que las consecuencias sean beneficiosas o no. Cumplir una promesa en términos abstractos conduce a un mundo accesible con mayor valor deóntico que el que resultaría de no haberla cumplido. El modelo de Zimmerman (1996) es totalmente independiente de cualquier teoría sustantiva del valor moral.

b. El conflicto moral.

El conflicto moral es una situación en la que el agente no puede satisfacer conjuntamente todas sus obligaciones morales, con independencia de si la imposibilidad de satisfacer las obligaciones morales, se debe a una inconsistencia lógica del sistema o a razones estrictamente empíricas, pues lo que no es posible lógicamente tampoco lo es empíricamente.

Cuando un agente moral se encuentra en una situación donde debe dar cumplimiento a una o varias obligaciones morales, lo usual es: a) que entre las distintas obligaciones sólo una conduzca a un mundo accesible con mayor valor deóntico o b) que varias de ellas conduzcan a mundos con un valor deóntico positivo y el agente pueda satisfacerlas todas, esto es, que las obligaciones sean compatibles empírica y moralmente. Estas situaciones ideales resultan menos comunes de lo deseado.

Las circunstancias empíricas concretas pueden suponer que acciones que en abstracto son posibles resulten incompatibles. La consecuencia inmediata para el agente es que no puede realizar conjuntamente ambas obligaciones ya que optar por una implica renunciar a la otra. No nos referimos a que las obligaciones sean incompatibles en el sentido empírico, pues lo que es imposible empíricamente también lo será lógicamente. A lo que nos referimos es que las obligaciones pueden resultar moralmente compatibles (valiosas), por lo que la imposibilidad de cumplir con todas ellas, sería derivada de las circunstancias empíricas del caso concreto.

En consecuencia, las situaciones dilemáticas serían conflictos morales en los que existe más de un comportamiento con valor deóntico positivo que son empíricamente incompatibles, dado que la realización de uno de ellos impide la de los demás. Nuestro concepto de dilema asume que éste es una especie del género conflicto moral y, asimismo, exige una específica calificación de las obligaciones en conflicto, a los efectos de establecer cuál de entre todas ellas, conduce al mundo accesible de mayor valor deóntico. Corresponderá a las teorías sustantivas proveer algún tipo de ordenación de las alternativas que permita identificar la mejor opción para poder cumplir con la obligación moral verdadera.

Para determinar cuál es nuestro deber moral es necesario evaluar las distintas alternativas que conducen a mundos accesibles valiosos y determinar de entre todas ellas, cuál es la que resulta prevalente o definitiva. Este tipo de obligación suele ser llamada deber u obligación *all-things-considered*, para distinguirlas de aquellas alternativas que gozan de cierto valor deóntico y que se suelen llamar obligaciones *prima facie*. Es importante destacar que las obligaciones *prima facie* se identifican a partir de su posición dentro del discurso moral acerca de lo que debe hacerse en una determinada situación, y no como sinónimo de la noción de derrotabilidad. Como señala Martínez (2007),

...el concepto de obligación *prima facie* se ha utilizado frecuentemente en la filosofía moral desde su introducción por W.D. Ross en 1930. La idea que subyace es que se trata de un comportamiento que tiene cierto valor moral, aunque puede ocurrir que existan otros requerimientos morales más fuertes por los que finalmente se tenga que actuar de otra manera. Por eso “a primera vista” parece que debemos actuar de cierta manera, aunque después de analizar todas las circunstancias (‘*all things considered*’) llegamos a una conclusión distinta (p. 286).

Cuando ocurre una situación de conflicto moral debe procederse a hacer algún tipo de ordenación entre las obligaciones *prima facie*, para determinar la respuesta

definitiva al conflicto. Desde un punto de vista conceptual, los sistemas morales hacen uso de un conjunto de reglas o criterios para establecer jerarquías o excepciones entre los elementos en colisión.

Aquí se presenta una discusión que suele dividir a los autores que analizan los dilemas morales y es la referida al estatus de las obligaciones vencidas. En particular, un autor como Lariguet (2008), asume que lo característico de los conflictos es que las alternativas descartadas, suponen algún grado de sacrificio de algo valioso que hace igualmente (in)justas todas las alternativas que se adopten. Nuestra posición, se distingue de ésta perspectiva, porque asume la noción de obligación moral con independencia del tipo de respuesta que amerite el conflicto y que orienta al agente en la resolución del mismo. No obstante, el tema es de primerísima importancia para futuras reflexiones en el mundo del Derecho.

Existen dos grandes posiciones en torno al estatus o condición de las obligaciones vencidas. Por un lado, tenemos los autores que las consideran falsas y sin valor, ni residuo deóntico alguno. Por el otro, a quienes las consideran obligaciones verdaderas que han debido ser cumplidas y que dejan un residuo deóntico en el agente.

- a. En el primer grupo, para autores como Donagan (1984), las obligaciones *prima facie* serían meras apariencias de obligación y no poseen fuerza normativa. Una vez que han sido descartadas no deben tomarse en cuenta más porque carecen de entidad real. Otro autor, dentro de esta línea es Ross (1954), para quien las obligaciones sólo establecen un “deber auténtico” o “propriadamente dicho”, a diferencia de las obligaciones *prima facie* que sólo son situaciones morales ilusorias.
- b. En el segundo grupo, los autores sostienen que las obligaciones *prima facie* son moralmente relevantes aun en el supuesto de que sean vencidas. Williams (1973), mantiene que los conflictos morales se asemejan más a los conflictos de deseos que a los conflictos de creencias u obligación, por lo que decidirse

por la satisfacción de una de las obligaciones no debilita el deseo de satisfacer la otra. Para estos autores, el hecho de optar finalmente por una de las obligaciones prima facie en conflicto, no elimina la “fuerza” normativa de la otra, pues se piensa que la obligación desechada también debería haber sido satisfecha.

El debate sobre el estatus de las obligaciones vencidas es fundamental para determinar si existe o no el deber de reparar por el incumplimiento derivado de la obligación descartada. En efecto, si las obligaciones prima facie realmente “...tienen entidad normativa pero dadas las circunstancias deben ser relegadas en favor de otra alternativa con mayor relevancia, no por ello dejan de ser comportamientos valiosos desde el punto de vista deóntico, y pueden seguir incidiendo, de algún modo, en la determinación de lo que debemos moralmente hacer (por ejemplo, en forma de deber de compensación por el incumplimiento)” (Martínez, 2007,290).

Cuando un comportamiento constituye una obligación prima facie se trata de una conducta que tiene cierto valor deóntico positivo, dado que un mundo en que se lleva a cabo ese comportamiento es más valioso que otro. En consecuencia,

...toda situación en la que no se haya dado cumplimiento a una obligación prima facie supone una cierta pérdida de valor moral respecto a la situación en que se cumple (aunque esta situación esté perfectamente justificada porque el incremento del valor moral derivado de realizar otra conducta -la obligación definitiva- sea mayor que el que se hubiera derivado de haber cumplido la obligación prima facie vencida). Esta pérdida de valor moral, inevitable en los conflictos morales, genera un cambio en las circunstancias en las que se encuentra el sujeto que puede generar la aparición de nuevas obligaciones (Martínez, 2007,291).

c. Inexistencia de criterios de solución del conflicto.

El tercer elemento de nuestra noción de dilema moral es la ausencia de criterios y procedimientos para ordenar las obligaciones *prima facie* en conflicto.

Cuando ocurre una situación de conflicto moral debe procederse a hacer algún tipo de ordenación entre las obligaciones *prima facie* para determinar la respuesta definitiva al conflicto. Para ello, los sistemas morales hacen uso de un conjunto de reglas o criterios que establecen jerarquías o excepciones entre los elementos en colisión.

El análisis de los criterios o escalas es un tema bastante complejo porque suele confundirse con los aspectos de moral sustantiva y de los valores que cada sistema moral determinado persigue. Para Chapman (1998), existen al menos cuatro mecanismos que pueden adoptar los sistemas normativos para determinar la obligación prevalente, a saber:

- a. Fijar algún tipo de “valor de cambio” entre los distintos valores o criterios de valoración (asignando un número o cantidad a cada uno de los criterios, de manera que cada opción obtiene un valor en relación con su posición en la ordenación, y procediendo posteriormente a realizar algún tipo de suma aritmética o promedio);
- b. Establecer algún criterio como prevalente e ignorar los demás;
- c. Establecer un orden lexicográfico entre los criterios, de tal modo que el siguiente sólo entra en juego cuando se da una situación de empate en el anterior, y;
- d. Establecer criterios “conceptualmente secuenciados” lo que implica utilizar de manera sucesiva y eliminatória diferentes criterios, que van eliminando alternativas hasta llegar a la finalmente elegida.

La indeterminación normativa se da cuando el sistema moral no establece el criterio o mecanismo para resolver el conflicto moral. Más adelante, estudiaremos la relación que guardan las nociones de pluralismo, inconmensurabilidad e

incomparabilidad con la posibilidad o imposibilidad de establecer estos criterios o procedimientos en los sistemas normativos. No obstante, como evidencia la clasificación propuesta por Chapman (1998), la incomparabilidad no supone que dos o más elementos no puedan ser comparados en términos de un mismo valor de cobertura, lo cual tampoco suprime la posibilidad de indeterminación normativa.

Según nuestra hipótesis de trabajo la obligación moral verdadera es aquella que nos conduce al mejor mundo accesible, desde el punto de vista del sistema normativo moral. Por tanto, las comparaciones valorativas entre distintas alternativas de acción son fundamentales en ese ámbito,

Si bien podemos excluir la posibilidad de estricta incomparabilidad entre las alternativas, puede todavía darse el caso de que distintas alternativas de acción queden ordenadas de manera divergente según distintos criterios (valores de cobertura) moralmente relevantes. En tales casos, debemos acudir a algún mecanismo, procedimiento o criterio de decisión, y en caso de no existir o en el supuesto de que no consigan ofrecernos una respuesta, estaremos ante un supuesto de indeterminación (Martínez, 2007,366).

Esta situación de incapacidad del sistema para ofrecernos la obligación definitiva en supuestos de conflicto moral, es lo que hemos calificado de dilema moral en este capítulo introductorio. En los casos de incomparabilidad y de equivalencia entre obligaciones morales, carecemos de un criterio para determinar la obligación prevalente y, en consecuencia, la imposibilidad de discriminar entre varias ordenaciones determinadas pero contrapuestas, nos impide afirmar que una opción sea mejor que la otra, pero tampoco podemos decir que posean el mismo valor. En estas circunstancias ninguna de las alternativas cumple con las exigencias derivadas del concepto de obligación moral, pero varias de ellas sí que satisfacen las de la permisión moral. En ese caso,

...el agente podrá (en el sentido de ‘permisión moral’) dar cumplimiento a cualquiera de los comportamientos incompatibles que resulten “incomparables”, siempre que lleve a cabo alguno de ellos, o, lo que es lo mismo, existirá una obligación disyuntiva de realizar tales comportamientos (Martínez, 2007,366-367).

En estos casos, el sistema no consigue determinar qué opción concreta es la correcta, ya que cualquiera de las alternativas está permitida desde el punto de vista del sistema normativo. Dejaremos ahora pendiente –para capítulos siguientes- como debe ser la respuesta ante éstas situaciones de indeterminación normativa, así como el papel que juega la comparabilidad de las opciones en la determinación de la respuesta al dilema. No obstante, Lariguet (2008) asimila esta situación de indeterminación normativa -expuesta por Martínez-,

...a situaciones de “laguna normativa” en que no se dispone de la norma para un caso o a situaciones de “laguna de reconocimiento” si, por ejemplo, se enfoca la inconmensurabilidad como un problema semejante al que se experimenta con la aplicación de predicados vagos. Además, el hecho de que se presuponga un conflicto (incompatibilidad), combinado con la “ausencia” o “vaguedad” de los criterios, aproxima también la indeterminación del sistema a aquellas hipótesis de antinomia para las cuales se careciera de criterios de ordenación (p. 146).

Por ahora, interesa destacar que la respuesta moral –igual que la jurídica- puede ser explicada y justificada y que ambas nociones no poseen el mismo sentido y alcance. Siendo en el sistema jurídico ésta una distinción crucial en el ámbito de la función judicial. La justificación tiene que ver con la respuesta o solución que de acuerdo con un sistema moral o jurídico se obtiene para las circunstancias del caso individual. Si existe incomparabilidad el sistema sólo determina un elenco de

alternativas igualmente asumibles pero no el procedimiento para la elección de la obligación prevalente o definitiva entre dichas alternativas.

En estos casos, escoger una alternativa implica un acto de voluntad que sólo puede ser objeto de explicación, pero nunca de justificación de acuerdo con ese mismo sistema. La elección entre alternativas igualmente asumibles desde un punto de vista lógico, está igual de (in)justificada ya se trate de un caso trivial o de un asunto de la máxima importancia.

d. Sacrificio o pérdida.

Un último elemento de la noción de dilema que no hemos incluido en nuestra propuesta inicial, elaborada a partir de la noción de obligación moral, conflicto y criterios de prevalencia, es la noción de sacrificio o pérdida como elemento conceptual necesario de la noción de dilema.

Como veremos en el capítulo siguiente, nuestra omisión se debe a que la idea de sacrificio no está presente en todas las situaciones de dilema moral y, por el contrario, sólo es propia de los denominados casos trágicos, donde además de la indeterminación normativa entre las obligaciones morales está presente la idea de mal inevitable, ya que el agente debe optar siempre por una alternativa que conduce a un mundo disvalioso. En otras palabras, siempre debe optar por el mal menor dentro del mal inevitable.

Aun cuando no desconocemos el estatus de las obligaciones *prima facie* que resultan vencidas y compartimos con Martínez (2007), que éste tipo de obligaciones no son aparentes, sino que poseen un estatus ontológico real que subsiste a su vencimiento, creemos que la idea de sacrificio no está presente en todas las situaciones dilemáticas como categoría conceptual de las mismas. Entender la naturaleza de las obligaciones vencidas desde esta óptica es más consistente con la fenomenología moral, pues ellas no son definitivas, en tanto que no existen criterios para identificar cual es la que debe prevalecer sobre otra.

Lariguet (2008), mantiene un criterio radicalmente opuesto al nuestro. Según él, puede ser que en los sistemas morales “haya criterios” para distinguir las obligaciones morales prevalentes en caso de conflicto y todavía el dilema se encuentre incólume. Ese elemento que mantiene incólume el dilema se explica con la idea de “sacrificio”, pues “...haga lo que haga un agente no evitará el “mal” (tesis del mal inevitable). La alternativa sacrificada queda como “residuo” y “recordatorio” de que se hizo algo malo” (Lariguet, 2008,151).

En nuestra perspectiva la categoría de “dilemas de sacrificio” es una especie del género. No todo dilema moral exige que el agente decida entre obligaciones que conducen a mundos accesibles disvaliosos o que impliquen un sacrificio. Por ello, nuestra noción de dilema moral no exige ninguna posición en relación a cómo debe ser la respuesta a los dilemas o, a cómo se construye la misma. El planteamiento de Lariguet (2008) conduce –como él mismo lo admite- a delimitar los dilemas a posteriori, partir de los efectos de la respuesta a los mismos, “...subrayando las consecuencias que se derivan del hecho de que la alternativa escogida suponga el sacrificio de la otra con la que resultaba inconmensurable o empatada” (Lariguet, 2008,151).

Dentro de la noción de sacrificio se afirma que existen dos situaciones distintas, a saber: a) unas donde se pueden establecer grados de intensidad del mal, que dependen de un conjunto de valoraciones, más las características propias del caso. Se admite la posibilidad de alternativas de sacrificio derrotables. En algunos casos, se acepta hasta la posibilidad de “comparación” (males mayores-males menores) y b) otras donde el sacrificio “no opera de manera gradual” cuando las alternativas tienen una estructura inderrotable.

En el próximo capítulo vamos a precisar el alcance de las expresiones “sacrificio”, “mal” y “residuo” para entender el alcance de los dilemas de sacrificio. Por ahora, téngase presente que un sector importante de teóricos asocian la noción de

dilema a la de sacrificio, al punto que los dilemas suelen ser denominados también “conflictos trágicos”, cuando se trata de un sacrificio que no opera de forma gradual.

1.3.2. Dilemas de obligación, dilemas de deber y dilemas de deseos.

Un aspecto que debe ser aclarado en forma previa al desarrollo de los elementos que conforman nuestra noción de dilema, se refiere al uso ambiguo en el cual se utiliza esta expresión. En muchos casos, los autores se refieren a los dilemas morales como dilemas de deseos, mientras que en otras ocasiones, la referencia es a situaciones dilemáticas que implican un conflicto de obligaciones. Obviamente, el uso que hacemos de la expresión en la presente investigación se refiere a dilemas morales entre obligaciones incompatibles.

Las consecuencias de ésta distinción son fundamentales para la posibilidad de un acuerdo conceptual en torno a la referida noción. En aspectos relacionados al residuo normativo de las obligaciones vencidas y en la idea de sacrificio, están presentes siempre confusiones en relación al tipo de situación dilemática a que hacemos referencia. Sobre este particular, volveremos más adelante cuando analicemos la idea de pluralismo.

Para Hillpinen (1985), es necesario distinguir entre conflictos de obligación y conflictos de juicio de deber. El primero, es aquella situación donde el sistema normativo nos exige realizar dos comportamientos incompatibles. El segundo, es aquella situación donde nuestro juicio acerca de lo debemos hacer, choca o colide con lo que el sistema normativo (moral o jurídico) nos exige. Como señala Martínez (2007),

No parece demasiado problemático aceptar la posibilidad de que se planteen conflictos de obligaciones (por ejemplo, cuando el sistema jurídico es inconsistente), pero nos parece por otra parte que, al menos si se quiere ser racional, un mismo agente no puede mantener juicios de deber (esto es, juicios acerca de lo que debe hacer en esas

circunstancias) que sean incompatibles (pp. 335-336)

Esta afirmación, no puede predicarse de las situaciones dilemáticas que se refieren a deseos. Un agente puede desear dos cosas y decidir en torno a una que excluya la posibilidad de satisfacer la otra y ello no anularía su deseo de obtener la excluida. Si partimos de que los dilemas morales implican conflictos entre obligaciones será más fácil apuntar a una noción que satisfaga los requisitos de universalización, pues "...al igual que al aceptar como verdadera una creencia se asume un compromiso racional de rechazar como falsas todas las creencias incompatibles, al aceptar como válido o verdadero un juicio de deber, por idénticas consideraciones se rechazan juicios acerca de lo que el agente debe realizar en esas circunstancias que sean incompatibles" (Martínez, 2007,336).

En consecuencia, nos parece un presupuesto fundamental para distinguir una teoría del dilema moral, partir de un consenso en torno a la noción de los elementos implicados, pues la heterogeneidad derivada del mundo de los deseos en contraposición al mundo de los deberes, es irreconciliable racionalmente e impide delimitar satisfactoriamente las categorías conceptuales de la situación de conflicto.

En nuestra opinión, los dilemas morales sólo pueden ser dilemas de obligaciones morales. Es cierto que las situaciones de dilema también pueden producirse en otros ámbitos de la razón práctica (la política, la estética, etc.), pero muchos de estos casos no son verdaderos dilemas morales, en la medida que no implican un conflicto de obligaciones sino de deseos. En este punto, entramos en la problemática de la reconstrucción de las circunstancias que configuran el dilema, las cuales pueden ser manipuladas por el agente o quedar condicionadas por ciertos requerimientos institucionales, que nos obligan a calificar un dilema bajo una determinada categoría cuando puede no serlo. Pensemos por ejemplo, cuando alguien califica como dilema moral la decisión de comprar o no una obra de arte o, en el caso de un político, cuyo dilema se acota en la decisión de asignar más recursos a un programa o a otro en el proceso de elaboración del presupuesto público.

En buena medida, la adjetivización de las situaciones dilemáticas como políticas, jurídicas o morales, depende de su reconstrucción lógica, que a su vez depende de elementos institucionales como los sujetos involucrados en la solución del dilema (jueces, legisladores, sacerdotes, etc.) o de los órganos encargados de resolverlos (comités de ética, tribunales, legislaturas, etc.).

1.4.Dilemas morales y dilemas jurídicos.

Como hemos afirmado en la introducción nuestro interés en los dilemas morales tiene que ver con el Derecho, más específicamente, con la función judicial y el sometimiento de los jueces a la ley. El punto de encuentro entre estas dos dimensiones (moral y jurídica), está justo en la noción de norma jurídica y en la estructura de los modernos sistemas de derecho positivo, conformados no sólo por reglas sino por principios.

El proceso de constitucionalización actual de los sistemas jurídicos representa en buena medida un proceso de axiologización del Derecho, ya que la Constitución contiene ahora los valores superiores del ordenamiento jurídico. No en vano, se ha calificado al constitucionalismo contemporáneo como la positivización del Derecho Natural (Bovero, 2008 y Gianformaggio, 2008).

Esta visión de las normas y del sistema jurídico está relacionada con la noción de unidad de la razón práctica y al concepto de imperialismo de la moral –el derecho como caso especial-, que tendremos oportunidad de debatir en capítulos posteriores. Ahora, nos permitimos puntualizar que, aun cuando los principios establecidos por la Constitución no son derecho natural, representan el mayor rasgo de orgullo del derecho positivo, por cuanto “...constituyen el intento de “positivizar” lo que durante siglos se había considerado prerrogativa del derecho natural, a saber: la determinación de la justicia y de los derechos humanos” (Zagrebelsky, 1997,14).

Esta coexistencia de valores y principios sobre la que hoy debe basarse una Constitución, supone que ellos se asuman con carácter no absoluto, compatible con

aquellos otros con los que deben convivir. Ahora, la Constitución no tiene como único cometido la unidad e integración de la comunidad política, sino la construcción de una realidad social a partir de valores plurales y derechos universales. Para Zagrebelsky (1997),

Solamente asume carácter absoluto el metavalor que se expresa en el doble imperativo del pluralismo de los valores (en lo tocante al aspecto sustancial) y la lealtad en su enfrentamiento (en lo referente al aspecto procedimental). Éstas son, al final, las supremas exigencias constitucionales de toda sociedad pluralista que quiera ser y preservarse como tal. Únicamente en este punto debe valer la intransigencia y únicamente en él las antiguas razones de la soberanía aún han de ser plenamente salvaguardadas (pp. 14-15).

En la medida en que el ordenamiento jurídico apela a valores y principios morales, importa desde ese ámbito conceptos, principios y categorías que deben ser adaptadas a los parámetros institucionales del Derecho –carácter autoritativo y positivo-. Este proceso de importación del ámbito moral al jurídico es denominado por Lariguet (2008) “procesamiento” y consiste en

...un conjunto diverso de operaciones mediante las cuales el derecho selecciona qué datos extrajurídicos admitirá y el modo en que definirá su contenido o alcance. En breve: “procesamiento” es un término equivalente en buena medida a “positivación”... ...las constituciones contemporáneas están plétóricas de valores que “originariamente” tuvieron su génesis en sistemas no jurídicos. Valores –morales- como la dignidad o la igualdad, positivizados por el legislador, son testimonio de mi afirmación (p. 242).

En tal sentido, las situaciones de indeterminación normativa en el ámbito de la moral, pueden ser igualmente percibidas por los jueces a quienes, en no pocas ocasiones, les corresponde trabajar con un material normativo ambiguo y propio de

otra esfera de la racionalidad práctica.

Vista esta breve introducción a nuestra noción de dilema moral pasaremos a continuación a desarrollar las categorías conceptuales enunciadas en éste capítulo y a revisar los principales argumentos usados a favor y en contra de la posibilidad de existencia de dilemas morales.

CAPITULO II

LA POSIBILIDAD LÓGICA Y CONCEPTUAL DE DILEMAS MORALES.

En éste capítulo se desarrollarán los recién presentados elementos que conforman nuestra noción de dilema moral. Analizaremos los principales argumentos lógicos y teóricos que defienden y adversan nuestra hipótesis de trabajo.

En primer lugar, avanzaremos sobre los denominados argumentos deductivos en torno a la noción de dilema moral, toda vez que las contradicciones lógicas del sistema moral conducirían a situaciones de inconsistencia, por lo que estas contradicciones sólo tendrían cabida entre obligaciones *prima facie* y no generarían verdaderos conflictos. Aunque tales posiciones sean sostenidas a nivel lógico nada dicen de las contradicciones de origen empírico⁷, ni de las situaciones de indeterminación normativa a que hicimos referencia en el capítulo anterior.

En el plano teórico, abordaremos los argumentos relacionados a la idea de pluralismo valorativo ya los conceptos derivados de ella, comúnmente conocidos como: incommensurabilidad, incomparabilidad y equivalencia. En la investigación, revisaremos la importancia de cada uno de estos argumentos en torno a la existencia de los dilemas y, en relación, a la posibilidad de respuestas justificadas a los mismos.

Finalmente, revisaremos los argumentos relacionados con las situaciones de pesar y remordimiento desde una triple presentación, psicológica, normativa y la conocida como “tesis del mal inevitable”. En este punto, contrastaremos las posiciones de los dos autores de habla española, que más han trabajado la problemática de los dilemas; David Martínez Zorrilla (2007) y Guillermo Lariguet (2008). En particular, destacaremos la situación de los denominados casos trágicos y su posibilidad de distinción respecto de los conflictos normativos simples.

⁷ Nos referimos a aquellas contradicciones normativas o dilemas morales que se originan de la conducta previa del agente o de las circunstancias empíricas. En la filosofía moral, se suele admitir que la conducta imprudente y el incumplimiento previo de alguna obligación por parte del agente, pueden ocasionar contradicciones en el sistema. Este tipo de conflictos son identificados por algunos autores como *secundum quid* en oposición a los *simpliciter*. (Tomas de Aquino).

2.1.Lógica y dilemas.

Quienes niegan la posibilidad de que se produzcan situaciones dilemáticas argumentan que éstas suponen una auténtica contradicción lógica, por lo que serían situaciones imposibles. La tesis negadora del conflicto conduce a afirmar que los mismos sólo son posibles si existen inconsistencias entre los elementos del sistema normativo. No obstante, esta última posibilidad desdice el carácter racional del sistema.

En efecto, todo sistema normativo que admita la posibilidad de situaciones de conflicto es racionalmente inaceptable, pues fracasa en su intento de dirigir la conducta de los agentes. Los llamados sistemas morales racionalistas (Kant, 1998), no darían lugar a conflictos porque sus principios son consistentes. La consistencia como propiedad lógica de los sistemas normativos racionales se conseguiría (según la tesis negadora del conflicto), a través de dos maneras:

- a. Introduciendo nuevas premisas en el sistema o modificando las existentes (excepciones) en caso de conflicto, lo que permitiría reconstruir el sistema moral y revisarlo hasta que sus principios sean perfectamente consistentes y,
- b. Admitiendo sólo como situaciones de conflicto las que se derivan de la propia conducta del agente. Esto es, como consecuencia del previo incumplimiento de una exigencia moral o por circunstancias exclusivamente empíricas. Podría afirmarse que, en estos casos, la inconsistencia del sistema es una condición suficiente del conflicto pero no una condición necesaria. Este tipo de conflictos son aceptables aún en el caso de que los sistemas sean consistentes.

Si admitimos la posibilidad de conflictos en los sistemas normativos (morales, jurídicos, etc.), resulta necesario verificar la pertinencia del argumento que afirma su imposibilidad lógica. En otras palabras, debemos validar la compatibilidad de nuestra noción de dilema moral, a la luz de los argumentos deductivos utilizados como prueba de su imposibilidad lógica.

2.2. Dilemas y principios lógicos.

La lógica deóntica demuestra la imposibilidad de auténticos conflictos en los sistemas normativos consistentes, a partir (principalmente) de dos premisas fundamentales que afectan el cumplimiento de las obligaciones morales; a. el principio voluntarista y b. el principio de aglomeración.

Según el principio voluntarista él debe implicar que, "...consiste en la asunción de que un comportamiento no puede ser obligatorio moralmente a menos que sea posible su realización, lo cual, por equivalencia lógica, supone que si un comportamiento es moralmente debido, entonces es posible realizarlo" (Martínez, 2007,317). La posibilidad de realizar un comportamiento será asumida en la presente investigación en un sentido fuerte, no estrictamente lógico, por lo que incluye la posibilidad de realizar el comportamiento como la posibilidad de abstenerse de realizarlo.

Según el principio de aglomeración, en caso de existir dos respuestas incompatibles a una misma obligación moral, una de ellas debe ser rechazada porque es una obligación aparente o *prima facie*.

Los argumentos lógicos derivados de los principios voluntarista y de aglomeración, más allá de desechar las alternativas incompatibles por la vía de considerar a alguna de las obligaciones como aparentes, nos permiten reformular los términos del problema lógico en el sentido de aceptar las premisas de ambos principios y sostener que el sistema puede: i. Contener inconsistencias que hagan imposible determinar la respuesta o ii. Que en ciertas circunstancias empíricas, el mismo no ofrece una respuesta a pesar de ser consistente (indeterminación normativa).

Si asumimos que los conflictos entre obligaciones definitivas son lógicamente imposibles, debemos rechazar al menos una de las premisas acerca de tales obligaciones (al menos una de ellas es *prima facie*). Aunque resulta destacable que

pode mos llegar a esta conclusión independientemente del razonamiento deductivo, no está claro que sea una “prueba” lógica de la imposibilidad de los dilemas. En efecto,

Tal razonamiento ni muestra por sí solo que los dilemas sean imposibles, ni muestra tampoco siquiera que exista una contradicción en el sistema normativo. Por supuesto, tampoco da indicación alguna acerca de cuál es la alternativa correcta en el conflicto. Lo único que muestra es que, dadas ciertas circunstancias (imposibilidad empírica de realización de dos comportamientos obligatorios), y asumiendo los presupuestos del “‘debe’ implica ‘puede’” y del principio de aglomeración, se llega a una contradicción (Martínez, 2007,334-335).

Los argumentos deductivos no son incompatibles con nuestra noción de dilema moral. Cuando un sistema normativo no ofrece una solución unívoca al conflicto, puede sostenerse la vigencia de estos principios sin necesidad de reconocer problemas de inconsistencia lógica del sistema.

Los argumentos deductivos evidencian que no siempre puede obtenerse una obligación definitiva en los casos de conflicto normativo (a partir de obligaciones *prima facie*), si el sistema no determina cuál de ellas es la obligación prevalente. No desacreditan nuestra concepción de dilema moral como aquella situación donde no es posible determinar, en caso de conflicto, cuál es la obligación que prevalecer. Sabemos que no puede haber dos obligaciones definitivas, pero es posible que nuestro deber moral este indeterminado.

Veamos a profundidad el planteamiento de estos principios lógicos y como ellos dejan en pie, nuestra formulación conceptual de las situaciones dilemáticas

2.2.1. Principio voluntarista.

Existen varias interpretaciones en torno al carácter del principio voluntarista. Algunos filósofos lo consideran un principio de carácter conceptual, otros de conversacional o pragmático e, inclusive hay quienes le atribuyen un estatus

exclusivamente normativo. Nuestra posición, defiende el carácter conceptual del vínculo entre obligación moral y posibilidad empírica de realización de la misma. Desechamos la versión normativa del principio voluntarista ya que viola la Ley de Hume, según la cual existe una separación lógica entre el ser y el deber ser.

Si entendemos el “debe” como una proposición normativa evitaremos la denominada falacia naturalista, ya que las proposiciones son enunciados acerca de la existencia de las normas que cuentan con un valor de verdad y no de validez. Entendido así el principio voluntarista lo que establece es “...que la existencia de una norma moral presupone (lógicamente, puesto que la conexión es conceptual) la capacidad empírica de realizar su contenido (y de ahí que pueda decirse tanto que si algo es debido, entonces puede ser hecho, como, por *modus tollens*, que si algo no puede ser hecho entonces no es debido” (Martínez, 2007,326).

Para que algo pueda ser calificado como una obligación moral el comportamiento ordenado debe ser posible y personalmente opcional, como lo hemos entendido en el capítulo anterior. En consecuencia, sino está presente ésta condición no puede calificarse de obligación moral. De todo el conjunto de los imperativos a los que es sometido un agente sólo son morales aquéllos personalmente opcionales. Es necesario aclarar que aun cuando el imperativo pudiera no ser calificado de moral, no significa que el mismo desaparezca, pues es obvia la independencia lógica entre el ‘ser’ y el ‘deber ser’. Como señala Martínez (2007), se da una conexión conceptual “...por la cual todo lo que no es posible no es obligatorio moralmente (como norma, y no sólo como proposición normativa), sin perjuicio de que pueda seguir existiendo como imperativo (que será un imperativo no moral)” (p. 327).

Esta conexión conceptual estaría justificada dado que la función principal del discurso moral consiste en guiar el comportamiento y para ello es imprescindible “...que los sujetos obligados tengan el comportamiento que constituye el objeto de las obligaciones como una opción personal, esto es, como algo sobre lo que ejercen control. No puede guiarse la conducta si ésta es inevitable (como si se dice ‘está

prohibido estar más de cinco minutos sin respirar sin morirse’) o si es imposible (como si se ordena ‘obligatorio saltar por encima de la Luna’), puesto que en estos casos estas afirmaciones no pueden tener relevancia en la actuación del agente” (Martínez, 2007,329).

Ahora bien, desde la perspectiva del “puede” debemos destacar dos elementos relacionados con el principio voluntarista, a saber; a. si deben tenerse presentes las capacidades del agente en abstracto o las capacidades específicas del agente obligado en concreto y, b. si la habilidad del sujeto obligado debe ser genérica del sujeto o específica.

- a. El “poder” hacer la obligación moral puede entenderse de dos maneras distintas; a. como habilidad genérica del agente obligado y b. como una habilidad relativa del individuo destinatario de la obligación. En el ámbito moral, la capacidad se refiere al agente concreto, al individuo destinatario de la obligación.
- b. La habilidad del sujeto o agente puede ser entendida a su vez como ‘habilidad’ o ‘éxito’. Según Von Wright (1963), existirá una obligación cuando el agente sea capaz de realizar el tipo de comportamiento ordenado por ella, aun cuando en unas circunstancias concretas fracase en su realización.

Expuestas las premisas del principio voluntarista, se evidencia que nada prueban en relación a la imposibilidad de dilemas morales, pues en situaciones de indeterminación normativa radical pueden satisfacerse las condiciones lógicas exigidas por el referido principio.

En la medida que las obligaciones incompatibles empíricamente son debidas desde la perspectiva moral y posibles de realización disyuntiva, satisfacen los presupuestos lógicos derivados del principio voluntarista. El cumplimiento disyuntivo y permisivo derivado del carácter *prima facie* de las obligaciones implicadas en el dilema, impide declarar a alguna como prevalente o definitiva. Ante la

indeterminación normativa del sistema, todas las obligaciones *prima facie* serían permitidas si su realización conduce a un mundo deónticamente más valioso que la no realización de todas ellas.

2.2.2. Principio de aglomeración.

El llamado principio de aglomeración consiste en una regla de inferencia de los sistemas de lógica deóntica, según el cual si hay dos premisas que establecen ‘O(p)’ y ‘O(q)’ puede inferirse que es obligatoria tanto “p” como “q”. No parece existir problema alguno en el cumplimiento de este principio si las alternativas o comportamientos obligatorios son compatibles empíricamente.

Ahora bien, el principio de aglomeración puede representar un problema cuando las obligaciones son incompatibles empíricamente, pues impide satisfacer el principio voluntarista que acabamos de analizar. Todo ello, en la medida en que una de las obligaciones incompatibles no puede ser cumplida conjuntamente y, en consecuencia, una o varias de ellas no deben ser auténticas obligaciones o, en nuestros términos, no deben ser obligaciones de finitivas.

El principio de aglomeración produce las mismas consecuencias en otros ámbitos del discurso práctico (jurídico, estético, etc.), por lo que puede ser planteado con independencia de que estemos manejando premisas de tipo moral, puesto que las mismas dificultades se nos pueden presentar en otros ámbitos como el político o el jurídico. Quienes admiten el carácter consistente y congruente de los sistemas normativos, optan por rechazar este principio o limitar su aplicación evitando estos problemas.

Para Williams (1981), cuando varias acciones son deseables u obligatorias por separado y a la vez no lo son conjuntamente, se pone en evidencia que falla la lógica del “debe” implicada en la situación y nos exige reconsiderar las propiedades lógicas derivadas del principio de aglomeración.

Según Waldron (1989), si existen dos obligaciones incompatibles existe un auténtico conflicto en la medida que se sostenga el principio voluntarista, pues "...la situación en la que no es empíricamente posible salvar a dos personas en situación de grave peligro, pero sí a cualquiera de ellas... ...sería obligatorio salvar a A y a B conjuntamente, lo cual es rechazado por no satisfacer el principio voluntarista" (p. 332). La situación de conflicto es disuelta por Waldron (1989), admitiendo el principio voluntarista y rechazando el principio de conglomeración, pues rechaza la obligación de salvar a ambas personas. Esto es, por separado cada comportamiento es obligatorio pero no es obligatorio cumplir ambas, lo que se rechaza es que exista la obligación conjunta derivada del principio de aglomeración.

Por su parte, Brink (1996) sostiene que no es necesaria la aplicación del principio de aglomeración en esos casos, pues no es necesario afirmar que las obligaciones incompatibles se deban cumplir conjuntamente para que surja el conflicto, basta con que dichas obligaciones sean incompatibles empíricamente y exigibles moralmente.

Los distintos autores revisados tras admitir el principio voluntarista, proceden a desechar el de aglomeración, logrando de esa manera superar la situación de conflicto y reformular el sistema normativo de forma congruente.

Los argumentos deductivos analizados suponen la reformulación del sistema normativo, mediante la renuncia al principio voluntarista o de aglomeración. Sin embargo,

Sostener que o bien 'O(p)' o 'O(q)' no son auténticas obligaciones, o que hemos de rechazar al menos alguna de ellas, sólo supone que tenemos que considerar que al menos uno de estos elementos es una obligación *prima facie* (o, lo que es lo mismo, que no es una obligación definitiva). Lo que muestran estos argumentos deductivos es que por razones lógicas no puede haber dos obligaciones definitivas que supongan comportamientos empíricamente incompatibles. No implica

en absoluto que no puedan producirse conflictos entre obligaciones *prima facie*; es más, si se produce un conflicto, ello se deberá al hecho de que al menos una (puede ser que ambas) de las obligaciones es *prima facie* (Martínez, 2007,334).

La afirmación de Martínez (2007), es evidente si la ‘obligación definitiva’ es una obligación que prevalece sobre todas las demás en conflicto, ya que no pueden haber por razones lógicas y sin necesidad de acudir al principio voluntarista ni de aglomeración, conflictos entre éste tipo de obligaciones. Ésta posición es criticada bajo el siguiente argumento:

...los dilemas no admiten una deducción consistente pues existe una incompatibilidad: OA y OB y no es el caso que sea factible realizar al mismo tiempo A y B. Frente a esta situación, una salida podría consistir en la propuesta de sostener que está permitido A o está permitido B o, lo que resulte semejante, que hay una disyunción de obligaciones. Este tipo de salidas resulta factible; sin embargo, es menester ser consciente de las consecuencias y las dificultades. Una dificultad es que del hecho de advertir una incompatibilidad en un sistema normativo X, por ejemplo una antinomia o inconsistencia, no se sigue que las obligaciones se reconstruyan disyuntivamente. No hay una *iron logic* que lleve de la incompatibilidad a la disolución de ésta, vía una disyunción (Lariguet, 2008,209).

No obstante, creemos que las premisas del principio de aglomeración nada prueban en relación a la imposibilidad de dilemas morales, pues en estas situaciones de indeterminación normativa radical, pueden satisfacerse las condiciones lógicas exigidas por el referido principio en la medida en que el conflicto se plantea entre obligaciones *prima facie* y no entre obligaciones definitivas.

Dado que el sistema normativo no indica cual de todas las obligaciones preliminares es la prevalente, el agente moral podrá realizar cualquiera de ellas en la

medida en que conduzcan a mundos deónticamente valiosos. El cumplimiento disyuntivo se deriva de la incomparabilidad o empate entre las alternativas, por lo que no existe un deber de realizar alguna en particular, ni todas conjuntamente (desde la perspectiva moral).

2.2.3. Posición crítica de Lariguet.

Para Lariguet (2008), los dilemas morales son generalmente reconstruidos bajo los esquemas de la lógica proposicional como argumentos deductivamente válidos, en consecuencia, el carácter dilemático de las calificaciones deónticas no es diluido bajo la idea de una disyunción entre alternativas incompatibles. Esta situación, no precluye la existencia de un conflicto subyacente. En tal sentido, "...si bien es cierto que las consecuencias de un dilema pueden ser "positivas", del estilo "haga lo que haga" o "seré amado por los dioses, o será amado por los hombres", las consecuencias de los dilemas más apremiantes para la filosofía práctica son aquellas que tienen carácter "negativo" del estilo "si las autoridades jurisdiccionales autorizan a la administración carcelaria a interrumpir la huelga de hambre del etarra x"habrán violado su autonomía individual; si "no intervienen habrán dejado que muera" (Lariguet, 2008,57).

El carácter negativo de las consecuencias es el elemento conceptual más característico y propio de los dilemas, por lo que hágase lo que se haga, el agente no se evitará un mal. Ésta característica conocida como *inescapable wrongdoing* o tesis del mal inevitable es el elemento central que permite una reconstrucción adecuada de las situaciones dilemáticas y que es desestimado por la reconstrucción disyuntiva antes expuesta. En tal sentido, considera Lariguet (2008) que "...la reconstrucción lógica debe estar puesta al servicio de captar compromisos sustantivos centrales y, en última instancia, esto es parasitario de lo que uno esté interesado en mostrar y defender acerca de los dilemas" (p. 60). El núcleo duro de los dilemas morales es la existencia de una conjunción de dos o más obligaciones exigibles pero de

consecuencias incompatibles entre sí. Por tanto, si se acepta la posibilidad conceptual de los dilemas morales, entonces se reniega de principios básicos de la lógica deóntica.

Los dilemas morales quiebran el principio de “consistencia deóntica”, según el cual la acción de un agente no puede estar obligada y prohibida al mismo tiempo. El núcleo de los dilemas estatuye una incompatibilidad a partir de la cual un agente no puede satisfacer conjuntamente el principio voluntarista y el de aglomeración. Para Lariguet (2008),

No resulta sencillo encontrar soluciones “intermedias” que concilien lógica deóntica con la existencia de dilemas, es decir, soluciones que traten de iluminar la existencia de un camino intermedio no extinguido por los dos cuernos extremos del dilema inicial que sostenía que o bien nos quedamos con los dilemas o bien nos quedamos con la lógica (p. 62).

Por el contrario, resulta común encontrar soluciones que aceptan los dilemas negando la lógica o aceptan los principios lógicos negando los dilemas. En este último escenario, Lariguet encuadra nuestra propuesta de obligación moral derivada de la teoría de Zimmerman (1996) y, desarrollada en el capítulo anterior, a la luz de la investigación de Martínez (2007). En tal sentido,

...sólo una puede ser la obligación genuina, una vez que el agente efectuó una revisión *all things considered*. Lo que se haya involucrado aquí es la vieja idea kantiana de obligaciones categóricas completas. Adviértase que bajo una mentalidad kantiana, el concepto de obligación hace imposible los dilemas. Así, no habría dilema genuino para KANT en un caso como el de aquel hombre que tiene que decidir si se atiene al principio de no mentir o si miente para salvar a un amigo perseguido por una tiranía (Lariguet, 2008,63).

Las propuestas derivadas de la doctrina kantiana parten de una consideración fundamental respecto a la estructura de los sistemas normativos, a saber: el ideal de

consistencia –antes estudiado en el capítulo primero-. En contraposición, el corolario natural de un dilema consistirá en la existencia de obligaciones contradictorias, cuyas calificaciones deónticas incompatibles obligan al agente a decidir sacrificando algo valioso entre ellas.

Sostener que el agente puede optar por una u otra alternativa en forma disyuntiva y moralmente válida, es un arma en contra de la posibilidad de los dilemas. La cuestión lógica no puede divorciarse de las teorías morales sin correr el riesgo de enfocar de manera simplista el problema. La idea de disyunción de obligaciones puede explicarse a partir de dos niveles,

En un nivel 1 los dilemas morales, que conflicto normativo, suponen una inconsistencia lógica (respecto de un sistema normativo x) o una incompatibilidad pragmática: el sistema podría ser consistente pero la conducta del agente genera incompatibilidad. El producto de esta situación es el nivel 2 donde existe una disyunción excluyente de obligaciones alternativas según MENDONCA ($OA \vee OB$) o está permitido hacer A o hacer B, según MARTÍNEZ (con apoyo en Michael ZIMMERMAN) ($PA \vee PB$) (Lariguet, 2008, 63).

El problema de esta posición es que aun cuando un agente S está obligado a hacer A y está obligado a hacer B, no puede cumplir ambas obligaciones conjuntamente. La disyunción no capta la naturaleza de la idea de obligación, pues el dilema reside en que ambas deben realizarse y el agente no puede cumplir con ello, pues si realiza A incumple su obligación moral de hacer B y viceversa. En ambos casos, habrá violado un deber y su decisión es incorrecta. Haga lo que haga no habrá hecho lo correcto.

La disyunción permisiva es una herramienta que no se acomoda al principio de aglomeración pues sólo una es la obligación verdadera. Por lo tanto si A es la obligación verdadera esto significa que B no es una alternativa, en consecuencia, B no

es obligación alternativa o disyunta con A y viceversa. La idea de disyunción es trivial e implausible.

Para Lariguet, los dilemas morales se definen a partir de la idea de conflicto normativo y aun cuando se suponga que el agente puede optar –disyuntivamente- por alguna de las acciones obligatorias, todas ellas conducen a un mal inevitable. La posición de este autor es resumida en su obra de la forma siguiente:

- a. OA y OB para el agente X y no es posible para X A y B (incompatibilidad)
- b. El agente X debe optar por OA o OB (disyunción qua corolario natural)
- c. Si el agente X opta por OA, incumple OB, y viceversa (la obligación desechada deja a un lado un residuo normativo).

Expuestos los argumentos deductivos referidos a la aplicación de los principios lógicos de aglomeración y voluntarista, hemos demostrado (sin perjuicio de las críticas) que sus premisas y postulados en nada coliden con nuestra noción de dilema moral, ni prueban que la misma se deba a una incompatibilidad lógica del sistema normativo. En tal sentido, pueden satisfacerse las condiciones lógicas exigidas por ambos principios, a partir de nuestra idea de la indeterminación normativa.

2.3.Pluralismo vs. monismo.

Un importante conjunto de argumentos esgrimidos en favor de la existencia de dilemas morales se refieren al denominado pluralismo axiológico y a la heterogeneidad del bien, entendida como pluralidad en los fundamentos de las obligaciones morales. Los autores pluralistas (Berlin, 1992; Williams, 1981; Nagel, 1991), afirman que la fuente de las obligaciones morales, “...es última e irreductible a otra categoría, lo cual supone que no existe ningún criterio o fundamento superior que pueda servir para comparar en una escala común o jerarquizar las distintas alternativas que estén basadas en fundamentos diferentes en caso de conflicto” (Williams, 1981,348).

La visión pluralista sostiene que existe un conjunto finito de valores humanos que son objetivos y que pertenecen a todos los hombres. Estos valores guían la conducta humana y la práctica moral, su logro es una meta de todo hombre racional. La satisfacción de estos valores en muchas oportunidades requiere de conductas incompatibles y puesto que todos ellos son últimos no pueden establecerse escalas ni jerarquías entre los mismos. De hecho, el conflicto entre los valores se presenta porque su realización a veces implica comportamientos que no pueden ser satisfechos conjuntamente. Como señala Berlin (1992b) "...la noción del todo perfecto, la solución final, en la que todas las cosas coexisten, no sólo me parece inalcanzable (...) sino conceptualmente ininteligible (...). Algunos de los Grandes Bienes no pueden vivir juntos. Es una verdad conceptual" (p.32).

Como el pluralismo plantea que todos los valores son últimos y en muchos casos su satisfacción conlleva a comportamientos incompatibles, es necesario decantarse por alguno de ellos, lo que supondrá sacrificio y pérdida de algún otro. El punto central es como justificar la elección que se decanta por uno u otro. El problema fundamental en torno a la idea de sacrificio es la posibilidad de una respuesta racional. En general,

...se establece un vínculo más o menos directo entre la afirmación de tal pluralidad (de valores, de fundamentos de obligaciones, etc.) y la aparición de conflictos (racionalmente) irresolubles. No se trata de que sostengan que, siempre que dos obligaciones surjan de distintos fundamentos, nos hallamos ante un conflicto irresoluble racionalmente (esto es incluso negado de manera explícita por casi todos ellos), puesto que en muchos casos la solución es clara, como cuando una de las alternativas sólo contribuye de manera marginal a la promoción de un valor, mientras que la otra lo hace (respecto de otro) de forma importante. Más bien lo que se sostiene es que pueden darse situaciones en las que, ante alternativas con fundamentos divergentes, y dadas

ciertas circunstancias, en las que ya conocemos todos los hechos relevantes (y ninguna nueva información podría ya modificar la comprensión y la valoración de la situación), no podemos, debido principalmente a que los fundamentos de las alternativas son últimos y no disponemos de criterios para realizar una comparación entre ambas, elegir racionalmente, en el sentido de hallar la respuesta correcta (Martínez, 2007,350).

Para los pluralistas los casos dilemáticos solo se pueden resolver a través de una elección, un acto de voluntad que implica el sacrificio de algo valioso. Subyace a esta visión el hecho de que no es posible determinar racionalmente el valor vencedor o su equivalente -la obligación prevalente-, porque existe una relación de incommensurabilidad o de incomparabilidad entre ellos.

A las teorías pluralistas se oponen las teorías monistas, según las cuales todos los valores se adecúan a un conjunto de leyes universales, objetivas, inmutables y válidas en todo tiempo y lugar. En consecuencia, sólo es cuestión de descubrir éstas verdades universales siguiendo el método adecuado. Una vez conocidas adecuadamente somos capaces de determinar las acciones correctas en cada caso y resolver los falsos conflictos. Para Berlin (1992c), este tipo de teorías obedecen a tres presupuestos básicos:

- a. Todo problema auténtico sólo puede tener una solución correcta. Si un problema no tiene solución correcta, es que no es auténtico.
- b. Existe un método para descubrir esas soluciones correctas. Conocerlo es el centro de la discusión de la teoría moral respectiva, pero una vez aplicado correctamente, a través del procedimiento adecuado, podemos acceder a ese mundo ordenado y en armonía.
- c. Todas las soluciones correctas son compatibles entre sí. Las soluciones correctas "...sean soluciones a problemas relativos a lo que hay en el mundo, o a lo que los hombres deberían hacer (...) no pueden chocar nunca entre ellas

(...). (D)e modo que cuando hayas descubierto todas las soluciones correctas a todos los interrogantes básicos de la vida humana y las hayas unido, el resultado formará una especie de esquema de la suma de conocimiento necesaria para llevar una (o más bien la) vida perfecta” (Berlin, 1992c,42-43).

Veamos ahora en qué consisten los argumentos que defienden la existencia de los dilemas morales, en base a las nociones de inconmensurabilidad, incomparabilidad y equivalencia y, si tales argumentos, nos permiten distinguir éste tipo de situaciones y los conflictos normativos simples. Asimismo, veamos si los elementos agrupados bajo el pluralismo normativo, responden conceptualmente a la idea de dilema moral expuesta en el capítulo anterior.

2.3.1. La inconmensurabilidad vs. incomparabilidad.

a. Inconmensurabilidad.

La inconmensurabilidad es una consecuencia lógica derivada del pluralismo valorativo. Según esta posición, la existencia de dilemas es una consecuencia de la inconmensurabilidad de las alternativas valorativas que enfrenta el agente entre dos comportamientos incompatibles. Autores como Berlin, afirman que los seres humanos persiguen un conjunto axiológico común, que existe con independencia de las circunstancias personales y culturales de cada agente individual. Las diferencias entre una cultura u otra, están en cómo se ordenan y jerarquizan estos valores comunes a todas las culturas. Sin embargo, a pesar de que tales ordenaciones sean distintas, los seres humanos no dejan en alguna medida de considerar valiosas las mismas cosas.

Siendo que tales valores son últimos e irreductibles no existe alguna medida o criterio común de comparación entre ellos. Son inconmensurables e incompatibles en la medida en que la satisfacción de uno, supone la imposibilidad de satisfacción de otro.

Por carecer de criterios superiores para realizar una ordenación entre los distintos valores, se presenta la situación de conflicto normativo que conlleva al agente a realizar una elección radical (no racional, ni justificada), que siempre implicará el sacrificio de algo valioso. Si los valores son últimos e irreductibles careceremos de criterios para obtener una respuesta correcta en los casos de conflicto y, en consecuencia, nos enfrentamos a situaciones dilemáticas.

El argumento derivado de la inconmensurabilidad resulta bastante atractivo y posee mucha aceptación entre la comunidad científica. Sin embargo, es objeto de dos importantes objeciones a las cuales no responde satisfactoriamente, a saber:

- a. La inconmensurabilidad implica no poder valorar las distintas alternativas conforme a un criterio o medida común, ésta medida se refiere a un criterio cardinal de las mismas, lo cual no supone que no puedan establecerse relaciones de ordenación de otro tipo, a partir de criterios que establezcan preferencias de manera ordinal. Por este motivo, autores como Martínez (2007) señalan que es “...útil separar una cuestión de tipo conceptual de otra cuestión que es de tipo justificativo, valorativo o normativo. Desde un punto de vista conceptual, la inconmensurabilidad de los valores que son maximizados por alternativas de acción empíricamente incompatibles no necesariamente constituye un obstáculo para poder determinar la respuesta a la cuestión de qué se debe hacer” (p. 312).

En otras palabras, la inconmensurabilidad parecería hacer referencia más bien a la imposibilidad de establecer criterios para ordenar las alternativas que estén justificados. Ésta es una cuestión de tipo valorativo o normativo, pues si los valores son inconmensurables, los criterios que establezcamos para decidir entre ellos no podrán nunca tener justificación objetiva, ya que su carácter de valores últimos impide que alguno de ellos sea superior al otro.

- b. La inconmensurabilidad no se deriva de la existencia de dos o más valores en pugna, pues un sólo valor podría dar lugar a situaciones de conflicto.

(Marcus, 1996). En otras palabras, la aparición de dilemas puede deberse a situaciones incompatibles que sean jerarquizadas a partir de un criterio o valor superior común. Esto será estudiado más adelante como situaciones dilemáticas de “equivalencia” o “simetría”. En todo caso, queremos expresar que no sólo las situaciones dilemáticas aparecerían en casos de inconmensurabilidad (conflictos entre dos o más valores últimos), sino también en situaciones de empate entre las alternativas incompatibles (que son ordenadas a partir de un mismo valor). Es decir, las situaciones dilemáticas de empate suponen la conmensurabilidad de las alternativas no su inconmensurabilidad. En consecuencia, “...las alternativas conflictivas se encontrarán en idéntica situación dentro de una misma escala valorativa, una vez aplicados los criterios y reglas de valoración pertinentes.....un presupuesto básico para la aplicación de tales reglas es la conmensurabilidad de las alternativas, lo cual exige que o bien éstas se fundamenten en un idéntico principio o valor, o bien en principios o valores distintos pero conmensurables” (Martínez, 2007,313-314).

En conclusión, ante alternativas con fundamentos divergentes en las que ya conocemos todos los hechos relevantes, no tenemos según la teoría del pluralismo valorativo, criterios para realizar una comparación entre ambas o para elegir racionalmente (en el sentido de hallar la respuesta correcta). Es decir, las alternativas no pueden medirse para establecer una comparación entre ellas y elegir la que resulte mejor. Todo ello, debido a que los fundamentos de las alternativas son últimos e irreductibles.

La principal crítica que nos merece el argumento de la inconmensurabilidad es la siguiente; si tenemos distintos fundamentos que sirven de base a nuestras obligaciones morales, por qué no surge un conflicto irresoluble cada vez que hay una incompatibilidad entre cursos de acción con distintos fundamentos. Esto es, ¿por qué no surgen dilemas morales por doquier donde se vean implicados dos o más valores

como fundamento de nuestras obligaciones? El argumento de la inconmensurabilidad no permitiría distinguir las situaciones dilemáticas de los conflictos normativos simples, cuando los comportamientos incompatibles implicados en éstos últimos, posean una fundamentación moral divergente.

La fenomenología moral nos permite afirmar casi intuitivamente que en situaciones de conflicto normativo simple, el agente cuenta con criterios para resolverlos aun cuando las obligaciones incompatibles implicadas en él, se fundamenten en valores diversos o incluso contradictorios.

La pregunta que nos merece el argumento de la inconmensurabilidad es como distinguir entre los casos de un tipo (conflictos simples) y de otro (situaciones dilemáticas), si las obligaciones morales en ambos tipos pueden estar fundamentadas en valores divergentes. En otras palabras, cuando estaríamos ante situaciones de inconmensurabilidad real y cuando en situaciones de inconmensurabilidad aparente.

Una respuesta posible como indica Martínez (2007) es "...que en realidad todo conflicto entre alternativas con distinto fundamento fuera racionalmente irresoluble, pero que sólo nos percatáramos de la importancia del problema cuando la sensación de pérdida por la alternativa no ejecutada fuera considerable" (p. 351). Aquí no hay un verdadero problema si distinguimos la idea de respuesta correcta normativa y conceptualmente. Una cosa es considerar que los sistemas normativos deben poseer siempre una respuesta correcta en cada caso y otra que en efecto siempre podamos determinarla a partir de unos datos y un material prescriptivo.

En tal sentido, debemos admitir que los sistemas normativos pueden contar con criterios de decisión que permitan determinar lo que debe hacer el agente ante una situación de conflicto determinado, aun cuando los fundamentos de las distintas alternativas o comportamientos prescritos fueran inconmensurables entre sí.

b. Incomparabilidad.

Un aspecto central en el estudio de las posiciones pluralistas es determinar si las nociones de inconmensurabilidad e incomparabilidad son equivalentes o no. De entrada debemos decir que existen autores que sostienen una y otra posición. No obstante, resulta muy interesante examinar las teorías que afirman la distinción. En particular, la posición de una de las principales teóricas de esta tendencia. Nos referimos al trabajo de Ruth Chang (1997), que ofrece una visión general de la cuestión.

Esta autora distingue, los conceptos de inconmensurabilidad y de incomparabilidad, a partir de las siguientes consideraciones:

- a) Primero, dos obligaciones son inconmensurables cuando no pueden ser medidas de forma precisa en una escala de valor, donde se establezca una clasificación cardinal de las obligaciones implicadas. Ésta situación no impide que, entre esas mismas obligaciones, no pueda establecerse una clasificación ordinal. En tal sentido, "...muy a menudo hacemos clasificaciones entre elementos sin recurrir a asignarles un valor dentro de una escala. Por ejemplo, parece que normalmente somos capaces de establecer una ordenación en función del grado de amistad que nos une con distintas personas, de manera que podemos decir "con A me une una amistad más estrecha que con B", sin que para ello tengamos que afirmar, por ejemplo, que la amistad de A alcanza $7\frac{3}{4}$ unidades de valor, frente a los $3\frac{1}{4}$ de la de B. Lo mismo podría decirse, por usar otro ejemplo, cuando comparamos la originalidad de distintas obras artísticas" (Martínez, 2007,353).
- b) Segundo, la incomparabilidad conlleva a la imposibilidad de evaluar dos o más elementos, lo cual incluye también la clasificación ordinal. Para Chang (1999), dos elementos son incomparables si no puede establecerse entre ellos ninguna relación comparativa afirmativa. Según ésta autora, las relaciones comparativas pueden asumir tres formas: mejor que, peor que y del mismo

valor que. Su teoría suele ser denominada con el nombre de tesis tricotómica. Adicionalmente, la autora defiende la existencia de una cuarta relación comparativa denominada “estar a la par”, pero ella no será abordada en la presente investigación, por carecer de valor a los efectos de nuestros objetivos.

Para la teoría de Chang (1997), cuando no exista relación comparativa alguna entre dos elementos, no puede afirmarse que uno es mejor, peor o del mismo valor que el otro.

Con esta definición se destaca que cuando dos elementos sean inconmensurables no se infiere que sean incomparables (aunque esto sí ocurre a la inversa). Si hay incomparabilidad entonces necesariamente habrá inconmensurabilidad. A partir de esta posición, la incomparabilidad implica la noción de inconmensurabilidad o no. Es decir, la incomparabilidad precluye toda clasificación comparativa entre elementos, mientras que la inconmensurabilidad no lo hace necesariamente.

La intención de Chang (1997) es diferenciar la inconmensurabilidad de la incomparabilidad para distinguir la posibilidad de respuestas racionales ante situaciones dilemáticas. En principio, la posibilidad de comparación dotaría al agente moral de criterios racionales para justificar su decisión. Aun cuando no estudiaremos aquí, las implicaciones derivadas de la posición comparativista en el ámbito de la razón práctica, si esbozaremos el sentido de la distinción de Chang.

La teoría comparativista sostiene que toda situación de elección justificada se deriva de un juicio comparativo. En consecuencia, las situaciones de incomparabilidad excluirían la posibilidad de adoptar elecciones justificadas racionalmente. Según Martínez (2007),

El comparativismo resulta intuitivamente atractivo, aunque es cierto que en tiempos recientes esta concepción ha sido objeto de ataques y críticas, sosteniendo que, ya sea en todos o al menos en algunos

contextos, la justificación racional de una decisión no depende de un juicio de comparación entre las alternativas (p.354).

La principal crítica que ha recibido ésta posición comparativista es que la incomparabilidad no supone una falta de justificación en todos los casos, pues dicha justificación puede derivarse de otros elementos. Para establecer una relación comparativa entre dos elementos u obligaciones morales es necesario definir un “valor de cobertura”, ya que todo elemento es mejor, peor o igual que otro, en relación con un valor de cobertura determinado. En consecuencia,

La idea según la cual la “fuerza justificatoria” de una elección descansa en la comparación de alternativas se puede denominar “tesis de la comparación”. Esta tesis, al menos, tiene dos versiones diferentes: una “fuerte” como la sustentada por autores como Regan que defienden una posibilidad completa de comparación o una versión más “moderada” como por ejemplo la que sustenta Raz que admite casos de incommensurabilidad (Lariguet, 2008, 234-235).

Si se pretende que la comparación produzca una elección justificada es necesario seleccionar los valores de cobertura relevantes, que permitan comparar los elementos en conflicto. Uno de los problemas fundamentales de la comparación es el establecimiento del valor de cobertura relevante y común a todos los elementos comparados, ya que la comparación se puede plantear en función de muchos valores distintos, pero sólo algunos son relevantes a todos los elementos implicados en la misma. Como señala Martínez (2007),

Los valores relevantes dependen del tipo de elementos comparados, y están determinados por la teoría normativa correspondiente. Por poner algún ejemplo, si queremos comparar dos relojes de sobremesa para determinar cuál es mejor, no parece que sea un valor de cobertura relevante el de su utilidad (por su tamaño, forma o solidez) para cascar

nueces, sino que más bien lo serían su precisión, la facilidad de lectura e incluso la estética” (p. 356).

Los críticos de la teoría comparativista afirman que no todo elemento es susceptible de ser valorado en relación con cualquier valor de cobertura. Chang (1997), afirma que en éstas situaciones no existe incomparabilidad sino no comparabilidad. En otras palabras, existe no comparabilidad cuando un predicado no le resulta aplicable a uno de los elementos implicados en la comparación respecto a un mismo valor de cobertura. En los supuestos de incomparabilidad existen relaciones comparativas entre los elementos y, en los supuestos de no-comparabilidad, no hay relación comparativa posible.

El problema fundamental de la teoría comparativista es la posibilidad de concebir la comparabilidad más allá de la posibilidad de que dos elementos siempre y necesariamente, caigan en el dominio de un mismo valor de cobertura y se sometan exclusivamente a las relaciones comparativas tricotómicas. Estas situaciones, se presentan cuando los elementos u obligaciones implicados en la comparación, se someten a los denominados valores de cobertura complejos. Los valores de cobertura complejos están formados por un conjunto de valores de cobertura contribuyentes, que separadamente dan lugar a ordenaciones contrapuestas. Martínez (2007) ilustra la idea con el siguiente ejemplo,

...supongamos la situación en la que debemos comparar a dos filósofos en relación con el valor de cobertura ‘talento filosófico’, a fin de seleccionar un candidato para una plaza de profesor. El valor ‘talento filosófico’ en cuanto tal, parece en realidad estar formado por un conjunto de otros valores contribuyentes, que globalmente forman (de manera un tanto indefinida, no obstante) lo que se entiende por ‘talento filosófico’. Entre dichos elementos encontramos por ejemplo la profundidad de análisis, la claridad expositiva, el orden y la cohesión entre las ideas, la originalidad de pensamiento, la amplitud del

conocimiento filosófico, etc. Puede darse el caso (es más, sería lo más probable) de que dos candidatos quedaran ordenados de distinta manera en función de distintos criterios: por ejemplo, el candidato A puede ser mejor que B en relación con la originalidad de pensamiento, pero B puede ser mejor que A en función de la profundidad de análisis (p. 362).

La situación ejemplificada puede ocurrir igualmente en situaciones de relevancia moral, en las que se debe decidir cuál es el comportamiento moralmente correcto. En estos casos, el valor de cobertura que permite determinar que alternativa es la mejor de entre varias, depende a su vez de varios valores implicados en la comparación, cuyas relaciones de dependencia no están determinadas.

En consecuencia, si la ordenación es idéntica en función de cada uno de los valores contribuyentes no habrá conflicto en la comparación, pero si existen distintas ordenaciones, la decisión dependerá de la existencia de algún (meta) criterio proporcionado por el sistema normativo que ordene los valores contribuyentes y establezca alguna clase de ordenación prevalente. En este contexto, por incomparabilidad debe entenderse la indeterminación derivada de las relaciones comparativas incompatibles y la ausencia de meta criterio alguno que determine una ordenación prevalente de los elementos en juego.

Sólo parece posible establecer una relación comparativa tricotómica entre varios elementos ordenados, a partir de un mismo valor de cobertura. Cuando el valor de cobertura es complejo siempre podrán establecerse dos o más ordenaciones contrapuestas. En todo caso,

...siempre será posible hallar al final valores de cobertura que permitan establecer una ordenación comparativa en términos de “mejor que”, “peor que” o “del mismo valor que”. Por consiguiente, puede sostenerse que si hablamos de “incomparabilidad”, no lo hacemos en términos de sostener que pueda darse el caso de que dos elementos que caen dentro

del dominio de un mismo valor de cobertura simple no puedan relacionarse en términos de “mejor”, “peor” o del “mismo valor”, sino que cuando se habla de “incomparabilidad” se hace en términos de indeterminación de la relación comparativa por la ausencia de (meta)criterios, mecanismos o procedimientos que permitan obtener una ordenación definitiva o prevalente a partir de ordenaciones contrapuestas (Martínez, 2007,363).

En conclusión, sostenemos que sólo puede hablarse de incomparabilidad en términos de indeterminación del valor de cobertura con el cual someter a comparación a los elementos implicados, no en el sentido de que dos o más elementos no puedan ser comparados en términos de un valor de cobertura simple. Dado que lo moralmente obligatorio depende de cuál sea el mundo accesible que produzca mayor valor deóntico, las comparaciones entre distintas alternativas de acción son fundamentales. Aun cuando podemos excluir la posibilidad de incomparabilidad entre las alternativas, puede darse el caso de que distintas alternativas de acción queden ordenadas de manera divergente, según distintos valores de cobertura relevantes. En tales casos, “...debemos acudir a algún mecanismo, procedimiento o criterio de decisión, y en caso de no existir o en el supuesto de que no consigan ofrecernos una respuesta, estaremos ante un supuesto de indeterminación al que podemos denominar también “incomparabilidad”. Tal situación puede sin dificultades ser calificado como “dilema” (Martínez, 2007,366).

Para Lariguet (2008), en estos casos lo que existe es una genuina inconmensurabilidad, pues no hay meta criterios para determinar cuál es la mejor opción moralmente hablando. Esto es independiente de que se pueda defender que el derecho tiene una respuesta.

En la incomparabilidad no puede afirmarse que una obligación o comportamiento es mejor que el otro ni que sean del mismo valor. Ninguna de las alternativas satisface las exigencias del concepto de obligación moral que hemos

defendido como parte de la noción de dilema. Sin embargo, varias o todas las obligaciones implicadas satisfacen el concepto de permisión moral, pues no existe algún mundo accesible mejor, que todos los demás en los que no se lleva a cabo la obligación de que se trate. En consecuencia, el agente se encuentra en una situación de permisión moral y podrá dar cumplimiento a cualquiera de los comportamientos incompatibles que resulten incomparables. En otras palabras, existirá una obligación disyuntiva de realizar tales comportamientos.

Entre los autores que asimilan la inconmensurabilidad a la incomparabilidad no podemos dejar de nombrar a Lariguet (2008). Este autor, sostiene que la relación de comparabilidad es necesaria para obtener una respuesta justificada en el caso de las situaciones dilemáticas y considera las nociones de inconmensurabilidad e incomparabilidad como homónimas. En tal sentido,

Los “dilemas de inconmensurabilidad” suponen que las dos alternativas en juego no pueden ser comparadas. Ello significa que, de dos alternativas A y B, ninguna es “mejor” o “peor” que la otra; tampoco “valen lo mismo”. Un ejemplo de inconmensurabilidad en la vida ordinaria podría ser el que experimente un agente que no dispone de criterios para comparar dos opciones y determinar cuál debe seguir: si dedicarse a ser concertista de piano (A) o dedicarse a su otra gran vocación: ser misionero en Sierra Leona (B). Asumiendo que A y B se reconstruyan como inconmensurables, las principales consecuencias son dos: la primera, que al sujeto le resulte muy costoso tomar una decisión; segunda, que su decisión difícilmente pueda estar justificada. Esto último es así si se admite que el pre-requisito de justificación es el que las alternativas sean comparables (Lariguet, 2008,125-126).

Sin perjuicio de las objeciones que nos merece el ejemplo usado por Lariguet –dilema de deseos-, su posición admite el uso de la tesis tricotómica pero descarta la posibilidad de utilizar valores de cobertura complejos, a partir de los cuales ir

estructurando escalas ordinales entre los comportamientos o valores divergentes. Lariguet (2008), no tiene problema alguno en admitir que la incomparabilidad pueda ser tanto cardinal, como ordinal.

Veamos ahora, el último concepto relacionado con la valoración de las alternativas implicadas en las situaciones dilemáticas. Nos referimos a los dilemas morales de equivalencia, empate o simetría.

2.3.2. La equivalencia (empate).

Por dilemas de simetría nos referimos a las situaciones de equivalencia o empate entre varias alternativas personalmente opcionales, que tienen el mismo valor deóntico. En otras palabras, las consecuencias de la acción del agente valen lo mismo moralmente, aun cuando pudieran no serlo desde otros ámbitos de la razón práctica – político, jurídico, estético, etc.-.

En estos casos, no existen problemas de inconmensurabilidad porque sino entre las alternativas no podrían haber relaciones de equivalencia. Conceptualmente la equivalencia excluye la posibilidad de inconmensurabilidad entre los comportamientos o alternativas implicadas. Siempre que haya simetría será imprescindible que todas las alternativas en conflicto se basen en un idéntico fundamento de valor.

Se llega a una situación de equivalencia cuando aplicados los criterios de valoración previstos por el sistema normativo, dos obligaciones *prima facie* han dado lugar a un resultado idéntico y se carece de normas de desempate. En tal sentido, no puede afirmarse que una alternativa sea mejor o peor que la otra. Como señala Martínez (2007),

...aún en el caso en que las situaciones de indeterminación normativa por equivalencia sean lógicamente posibles, desde el punto de vista empírico resultan francamente muy inusuales, a causa de lo que podríamos denominar la multidimensionalidad de las distintas

situaciones y comportamientos. Con esto se quiere decir que una misma situación (o acción, en la medida en que puede dar lugar a una situación) puede ser valorada desde distintos puntos de vista o perspectivas (e incluso dentro del ámbito moral, puede valorarse en función de cómo quedan afectados distintos valores, principios o cualesquiera fundamentos de valor deóntico). Así, por ejemplo, un determinado comportamiento que alguien ha prometido llevar a cabo, puede valorarse moralmente desde el punto de vista de que constituye el cumplimiento de una promesa, pero también, por ejemplo, desde el punto de vista de cómo quedan afectados los intereses de terceras personas (p.340).

La gran cantidad de circunstancias empíricas que pueden resultar moralmente relevantes, suele provocar que las situaciones de equivalencia resulten excepcionales. Sin embargo, en una situación de equivalencia donde carecemos de criterios de desempate nos encontramos con una situación de dilema, ya que no podemos determinar cuál es la obligación prevalente de entre varias *prima facie*. Para Lariguet (2008),

Los “dilemas de empate” suponen que las alternativas en juego, A y B mantienen una “equivalencia” o “simetría”. Estos términos explican que a estos dilemas también pueda llamárselos de “equivalencia” o “simetría”. La simetría se puede ver en distintos niveles: como simetría de “fuerza”, “peso” o “importancia”, etc. Estas expresiones nos introducen en dominios como el de los valores, sean éstos entendidos en términos de “objetivos políticos” o “directrices” o de “principios”, tal como ha resultado habitual hacer a partir de Ronald Dworkin (p. 126)

En los casos de equivalencia o simetría no se presentaría lógicamente la situación de indeterminación normativa (a que nos referimos en el capítulo anterior), sobre la cual gira nuestra noción de dilema moral. En estas situaciones, si po seemos

una guía para la acción, porque lógica y conceptualmente podemos optar por cualquiera de las obligaciones en conflicto, ya que todas ellas suponen una permisión moral.

Algunos autores discuten si la posibilidad de optar por cualquiera de las obligaciones empatadas –permisión moral- debe derivarse expresamente del sistema o se trata de una consecuencia lógica. Nosotros no entraremos a revisar dichas posiciones por desbordar el objeto de la presente investigación, pero siguiendo a Zimmerman (1996), podemos decir que se trata de una consecuencia lógica del concepto de obligación moral. En efecto, al darse una situación de “empate valorativo”, cualquiera que sea el comportamiento elegido, no se dará una situación en la que otro comportamiento dé lugar a un mundo deónticamente mejor.

En una situación de equivalencia ninguna de las acciones es moralmente obligatoria en sentido definitivo, pues dado que ninguna de ellas conduce a un mundo accesible deónticamente mejor a todos los demás, ninguna es mejor que la contraria.

Aun cuando se objeta que en los dilemas de simetría no existe indeterminación normativa al estilo de la incomparabilidad, debemos admitir –por todo lo anteriormente expuesto- una indeterminación parcial de la respuesta a la pregunta de cómo actuar, pues el sistema moral se muestra incapaz de ofrecer el curso de acción concreto que el agente ha de llevar a cabo.

El hecho de que se permita moralmente adoptar cualquiera de las opciones supone dos posibilidades: i) que el sistema moral no ofrece una pauta concreta de actuación en algunos casos y ii) que no existe problema moral alguno en los casos de equivalencia, pues lo que se haga está permitido. No obstante, aun adoptando alguna de las alternativas moralmente permitidas, puede que persista en otro ámbito de la razón práctica el conflicto, puesto que son situaciones en las que no puede determinarse cuál es la obligación definitiva o prevalente entre varias *prima facie*.

2.4.El sentimiento de pérdida.

Veamos ahora el último de los argumentos a favor de la existencia de situaciones dilemáticas. Nos referimos a la idea de sacrificio como elemento conceptual de los dilemas morales. Aun cuando no compartimos que el sacrificio sea un elemento necesario para la existencia de situaciones dilemáticas y sostengamos su carácter contingente, la influencia de éste argumento en el pensamiento filosófico es muy grande, por las conexiones que establece entre los dilemas y la idea de tragedia.

Las teorías que defienden la idea del sentimiento de pérdida no son homogéneas, pero tienen como elemento común pretender demostrar que los dilemas son reales y no meramente aparentes. Autores como Aristóteles, Tomás de Aquino y Kant, sostienen que los conflictos son imposibles por lo que las colisiones normativas que enfrentamos usualmente sólo son aparentes y existe siempre una respuesta correcta a las mismas. Los únicos conflictos verdaderos que pueden existir no se deben a inconsistencias en el sistema normativo, sino a un previo incumplimiento del sujeto de algún deber moral. Estas teorías, asumen los conflictos normativos como proposiciones contradictorias, donde al menos una o varias serían falsas en virtud de que todas no pueden ser verdaderas.

Los autores que sostienen el sentimiento de pérdida se enfrenan a la posición antes aludida y sostienen que no siempre los conflictos verdaderos se deben a la irracionalidad del sujeto o, al incumplimiento previo de una obligación por parte de éste. Afirman que la prueba de su argumento es el residuo moral que deja la decisión por la que nos decantamos cuando decidimos situaciones dilemáticas. Compartimos con Martínez (2007) que este tipo de argumentos,

...no resultan demasiado satisfactorios porque no constituyen ni una prueba a favor ni en contra de la posibilidad de los dilemas morales, y aun cuando se considerasen adecuados, no permitirían distinguir claramente entre situaciones de simple conflicto y situaciones dilemáticas (p. 295).

La aceptación de los argumentos del sentimiento de pérdida es muy común en la comunidad filosófica, quizás por su afinidad a la fenomenología moral. En el caso de Lariguet (2008), creemos que se llega a subestimar el hecho de que, puedan presentarse situaciones dilemáticas, donde no esté presente el sacrificio de algo valioso en las consecuencias derivadas de la acción. Según este autor,

La categoría de “residuo” tiene gran complejidad. Parte de esta complejidad puede apreciarse cuando se constata que la idea de residuo puede ser enfocada desde dos puntos de vista que generalmente no se disciernen: uno psicológico, el otro “normativo”.

El punto de vista “psicológico” se explica en categorías como las de “culpa”, “remordimiento”, “lamentación” o “pesar” por la decisión adoptada, mientras el punto de vista “normativo” hace hincapié en la obligación o deber que se dejó sin cumplir, sin necesidad de postular nada más (p.184).

En nuestra opinión, los argumentos relacionados con la idea de sacrificio pueden agruparse bajo tres líneas argumentales, según el tipo de residuo moral a que hacen referencia, a saber: a) el residuo psicológico; b) el residuo normativo; y c) el mal inevitable. Veamos a continuación los postulados fundamentales de cada una de estas teorías.

2.4.1. Residuo psicológico.

Bajo la denominación del residuo psicológico se suelen amparar las teorías que asocian la existencia de los conflictos y dilemas a ciertos tipos de sentimientos como el pesar (*regret*), el remordimiento (*remorse*) y la culpa (*guilt*) entre otros. Este tipo de sentimientos, surgen tras haber dejado de hacer algo debido cuando decidimos optar por una de las obligaciones en conflicto y desechar la otra u otras implicadas. El residuo psicológico sobrevive aun cuando hemos adoptado el curso de acción que racionalmente consideramos correcto.

Uno de los teóricos pioneros de este tema es Williams (1973b), para quien los conflictos morales poseen un aire de familia con los conflictos de deseos. En tal sentido, el conflicto moral como el conflicto de deseos siempre implica la insatisfacción de una de las alternativas deseadas, bien por razones empíricas o porque debemos optar por una de ellas. El parecido está en el hecho de que la opción descartada no pierde su entidad y permanece en el agente la voluntad de satisfacerla. En consecuencia, el sujeto experimenta un sentimiento de pesar por no haber podido satisfacer una de ellas.

Este enfoque no cuestiona el carácter prevalente o *prima facie* de las obligaciones en juego, sino que pretende inferir del sentimiento de pesar el sacrificio de algo valioso. Su mayor problema es determinar el motivo de tal sentimiento, ya que el mismo puede derivarse tanto de razones morales como de otras que no lo son.

Williams (1973b), se adelanta a la posible crítica sobre el origen natural y no moral del remordimiento alegando que, aunque existan otros tipos de motivaciones (naturales), algunas sólo pueden explicarse satisfactoriamente tras haber dejado de hacer algo debido moralmente.

Para Marcus (1996), este sentimiento de índole moral debe ser diferenciado del pesar por razones “no morales” y, en tal sentido, debe distinguirse el remordimiento (remorse) del sentimiento de pesar (regret). La diferencia entre ambos no reside en elementos cuantitativos o de intensidad sino en razones de tipo cualitativo. El argumento de Marcus (1996), es que sólo se puede sentir remordimiento por haber dejado de cumplir con nuestras obligaciones morales.

En contra de las teorías del residuo psicológico se aduce que estos sentimientos, tienen explicación al margen de que existan o no conflictos y dilemas auténticos. En consecuencia, el residuo psicológico no probaría como sostienen sus defensores, que las situaciones de conflicto y dilemáticas existan en los sistemas normativos al margen de su posibilidad empírica. Los principales argumentos contra las teorías del residuo psicológico son:

- a. Que los sentimientos de pesar o remordimiento serían irracionales cuando el agente actuó correctamente. Es decir, si los conflictos son meramente aparentes y sólo hay una auténtica obligación el remordimiento es una categoría que no tiene utilidad conceptual alguna.
- b. Que los sentimientos de pesar y remordimiento sólo prueban que el agente posee una errónea creencia de que ha incumplido un deber, lo cual no significa que el agente haya actuado equivocadamente.
- c. Que el sentimiento de pesar y remordimiento es independiente de si el agente obró o no correctamente, pues aparece asociado al hecho de tener que seleccionar entre comportamientos que suponen “algo malo”. Para Conee (1982), el pesar no depende de la existencia de un conflicto o dilema sino de que estemos obligados a hacer algo malo. Sin embargo, el autor no aclara si hacer algo malo alude a un ámbito moral o de otra clase. Este punto es crucial pues, “...si se entiende como algo malo en sentido moral, esto es, como algo deónticamente incorrecto, algo que no debe moralmente hacerse, el argumento presupone que la aparición de pesar se debe a la realización de algo moralmente incorrecto; al incumplimiento de una obligación moral, con lo que daría la razón a los partidarios de que estos sentimientos son una prueba de un incumplimiento moral.....La situación es diferente si esto que es “malo” se entiende en un sentido extramoral, como “consecuencias que son desagradables” desde algún punto de vista valorativo. En determinados casos, en función de las circunstancias, puede ocurrir que lo que resulte nuestra obligación moral conlleve a éstas desagradables consecuencias, sin que exista conflicto moral (sin que se tenga que incumplir con otra obligación *prima facie*) (Martínez, 2007,297-298).

Williams (1981), ya había admitido que el sentimiento de pesar podía obedecer a motivaciones “naturales”, con lo cual la posición de Conee (1982) no es novedosa. No obstante, creemos muy útil la distinción en relación al carácter de lo malo a que

nos hemos referido. En buena medida, la falta de consenso en torno a la noción de dilema moral se debe a que muchos autores estiman la idea de sacrificio en un sentido valorativo no moral, lo que mezcla distintas dimensiones del problema. Todo ello, sin perjuicio de los vínculos conceptuales que guarda la idea de sacrificio en sentido valorativo no moral, con la figura de los dilemas de creencias o deseos.

Quizás la mejor teorización en relación a cómo podemos diferenciar el pesar del remordimiento, lo encontramos en MacConnell (1996). Según este autor, cuando experimentamos remordimiento estaríamos ante un verdadero conflicto o dilema moral, por lo que sería trivial que el agente crea haber incumplido alguna obligación. Para diferenciar el pesar del remordimiento deben tenerse presentes dos elementos:

- a. El primero es el experiencial y supone que el sentimiento de pérdida se manifiesta indistintamente en el pesar y en el remordimiento. Este elemento experiencial estaría asociado al mundo de las pasiones, los deseos y, en general, a las emociones.
- b. El segundo es el cognoscitivo que implica la presencia del sentimiento de pérdida, aun cuando se conoce que se ha obrado correctamente desde la perspectiva moral. Este sería el verdadero elemento que distingue al sentimiento de remordimiento. Según MacConnell (1996) "...si se afirma que lo que se siente es remordimiento en lugar de pesar (que en cuanto al sentimiento en sí son indistinguibles), sin dar ninguna otra razón, simplemente se está asumiendo que la situación es dilemática, sin realmente argumentar en favor de esta afirmación" (p. 301).

El residuo psicológico no arroja luz a la delimitación conceptual de las situaciones dilemáticas, ni a la discusión en torno a la posibilidad de su existencia. En resumen, podríamos decir que los argumentos que se agrupan en torno a las teorías del residuo psicológico son criticables por cuanto:

- a. El residuo psicológico no sirve de criterio para distinguir las situaciones dilemáticas de aquellas denominadas conflictos normativos simples. El hecho

de que podamos distinguir entre sentimientos de pesar y remordimiento como categorías autónomas, no impediría que ambas se manifiesten indistintamente en los dilemas y en los conflictos.

- b. El residuo psicológico nunca podría dar lugar a un elemento conceptual que delimite a las situaciones dilemáticas, ya que por definición depende del proceso cognitivo individual o subjetivo de cada agente. En tal sentido, "...al margen del evidente problema filosófico relativo a la epistemología de los estados mentales ajenos (si es o no posible conocer -y en qué medida- los estados mentales de otras personas), las respuestas psicológicas a las distintas situaciones ante las que se encuentran las personas pueden resultar muy variables. Cada individuo puede responder de forma distinta ante la misma situación, y la forma en que lo haga no deja de ser contingente, y, lo que es más significativo, determinada por acontecimientos causales. Una persona de aguda sensibilidad moral puede que experimente sentimientos como el pesar o el remordimiento ante determinado tipo de situaciones, pero esto dependerá del individuo concreto (Martínez, 2007,302).

Lo que subyace a la idea de subjetividad es que los sentimientos de pesar o remordimiento muchas veces no dependen de nuestra voluntad o razón. Es decir, existen en muchas oportunidades al margen de la racionalidad. En el ámbito moral, actuamos racionalmente cuando creamos sistemas consistentes de los cuales inferimos consecuencias lógicas, a partir de las cuales desplegamos nuestras acciones en el mundo. Las inclinaciones psicológicas están al margen de ésta idea de racionalidad.

El carácter contingente del residuo moral es admitido no sólo por los críticos de las teorías del sacrificio, sino por otros autores que como Lariguet (2008) las defienden. En tal sentido, el residuo psicológico es contingente por tres razones, a saber:

...la primera porque el agente puede haber tomado una decisión que no le deja ningún pesar en la conciencia: él puede decir con sentido “hice lo mejor que pude y me siento tranquilo”; la segunda porque el agente puede mantener anestesiada su conciencia y no es lo mismo tener conciencia de un acto, que tener conciencia moral del mismo; según la tercera razón puede haber culpa, pesar o remordimiento por acciones u omisiones no vinculadas a dilemas: por ejemplo el del señor que conduciendo su coche atropella a una mujer embarazada. Dos cuestiones surgen de este ejemplo: una jurídica consistente en determinar si la conducta fue dolosa o negligente, la otra psicológica: la posibilidad de un tratamiento psicológico para superar el trauma (p. 184-185).

Dicho lo anterior, pasemos ahora a analizar las teorías que sostienen la idea de sacrificio a partir del denominado residuo normativo.

2.4.2. Residuo normativo.

La idea central del residuo normativo es que la pérdida experimentada por el agente en la elección de un comportamiento en situaciones dilemáticas, no es meramente psicológica ya que posee un estatus normativo.

El residuo normativo involucra la discusión sobre el estatus de las obligaciones *prima facie* o vencidas, a las cuales nos hemos referido en el capítulo anterior. Sus defensores, argumentan que es una prueba de la entidad del conflicto, pues el hecho de que hayamos adoptado uno de los comportamientos incompatibles no nos exime del cumplimiento de las obligaciones desechadas. Su reconocimiento es un elemento central para establecer el alcance del deber de indemnización del agente moral por incumplimiento, dado que todo sistema normativo establece como fundamento de las obligaciones el daño o perjuicio causado a otra persona. En efecto,

...la relevancia del residuo se mide con el problema del “deber de compensar” a cargo de quien dejó de cumplir con una obligación. En el marco de decisiones en supuestos de dilema, ¿se activa siempre este deber? ¿Qué papel habrán de jugar las categorías de excusación o justificación de la conducta del decisor? ¿Qué ocurre en el caso del derecho? ¿Cómo funciona el deber de compensar en el ámbito de los particulares y en el ámbito de los jueces? (Lariguet, 2008,185).

El problema es que para admitir la obligación de resarcir el daño causado es necesario que exista una obligación auténtica, con lo cual el sistema normativo debería renunciar a su idea de consistencia y, a la posibilidad de determinar siempre una respuesta correcta. La existencia de decisiones que involucran residuo “...muestra uno de los “límites” a la idea de que todos los casos tienen solución “irreprochable”. Este punto ha estado también eclipsado por la vinculación de esta idea con aquella otra según la cual “todos los casos” deben ser resueltos” (Lariguet, 2008,187). En otras palabras, no podría sostenerse que los conflictos son solo aparentes, pues si la obligación desechada es *prima facie* de ella nunca podría nacer la obligación de indemnizar daño alguno, porque carece de entidad real al ser sólo una obligación aparente. Todo ello, siempre que la obligación de indemnizar no surja de algún comportamiento previo incorrecto del sujeto. Si el agente ha obrado bien no puede sostenerse que podría haber algo que compensar en un sistema normativo consistente. Quienes sostienen el argumento en contrario, defienden que las obligaciones *prima facie* mantienen entidad moral después de vencidas,

...apuntan a la ontología de obligaciones que quedan pendientes y son recordatorios de que la decisión no ha sido aceptable o “del todo aceptable”. En consecuencia, no es psicológico “a secas”, aunque pueda exhibir un componente psicológico. Es por esto que afirmo que no se trata de un residuo “meramente psicológico”. Ese componente es la

culpa, remordimiento o pesar, que hay que distinguirlo de la existencia de la obligación pendiente (Lariguet, 2008,184).

Quienes defienden la teoría del sacrificio como elemento delimitador por excelencia de las situaciones dilemáticas, critican que el residuo normativo sea exclusivamente reducido al problema del estatus de las obligaciones vencidas, toda vez que la posibilidad del residuo está conectada también con lo la idea de “sacrificio graduable” y “sacrificio no-graduable”.

Para Donagan (1977), los sistemas morales racionalistas no admiten la posibilidad de conflictos o dilemas verdaderos. Los conflictos que se producen eventualmente se derivan de ciertas inconsistencias que el propio sistema se encarga de resolver, bien con la introducción de reglas de segundo grado o con la creación de excepciones a las normas. Su concepción apela a la noción de derrotabilidad normativa. Ninguna obligación en conflicto vence a la otra porque ninguna es absoluta y, entre ellas, pueden operar excepciones que las hacen derrotables a unas frente a otras. Según Donagan (1977), estas excepciones pueden ser explícitas e implícitas como ocurre en el caso de los principios en el sistema jurídico.

MacConnell (1996), critica que las condiciones de excepción puedan ser implícitas y afirma que el agente moral sólo puede apelar a los condicionales explícitos que estén implicados en una situación determinada. Martínez (2007), toma un ejemplo de la obra de MacConnell que nos aclara su posición,

...un filósofo acepta la invitación que se le hace para ir a cenar a excepción de que haga progresos significativos en el libro que está escribiendo, en cuyo caso se quedará en su casa escribiendo. Si finalmente no acude, se da por supuesto que está realizando importantes progresos en su libro y no se considera que ha incumplido la promesa ni tampoco se le exige una compensación o justificación por su comportamiento. Sin embargo, para MacConnell la situación es distinta en los casos en que no se han establecido condiciones explícitas. Si en

el caso del ejemplo anterior no se fijó explícitamente condición alguna y el agente no se presenta a la cita, para este autor es razonable pensar que el agente debe ofrecer una explicación de su conducta o compensar su incumplimiento. Lo mismo ocurriría si en el supuesto de haber explicitado condiciones el incumplimiento se debe a alguna otra circunstancia que no se ha hecho explícita. En estos casos sí que parece existir un residuo moral que no está presente en las situaciones en las que las excepciones son explícitas (p. 305-306).

Cuando el incumplimiento se debe a alguna de las condiciones explícitas no existe obligación alguna en caso de incumplimiento, por el contrario, cuando el incumplimiento se debe a alguna otra condición no establecida en el condicional, aun cuando ésta sea moralmente justificada, aparecerá el residuo moral y la obligación de indemnización. De esta manera, el autor admite que las obligaciones *prima facie* mantienen su fuerza moral y aun cuando sean vencidas por la obligación definitiva existe el deber de reparar.

El residuo normativo no sirve como prueba de la existencia de dilemas morales, ya que se aplicaría también en el caso de conflictos normativos simples. En consecuencia, no es un elemento necesario y suficiente para evidenciar la existencia de situaciones dilemáticas.

Abordemos ahora el último de los argumentos asociados a la idea de sacrificio, se trata de la teoría del mal inevitable

2.4.3. Mal inevitable.

La idea de sacrificio como elemento necesario en las situaciones de dilema moral suele quedar expuesta en cierto grupo de teorías, a través la noción de mal inevitable. Según este argumento, cualquier situación dilemática implica o supone conceptualmente que, haga lo que haga el agente, éste no puede evitar provocar un mal.

Según lo expuesto, en el primer capítulo, se trataría de aquellas situaciones en las cuales todos los mundos accesibles, personalmente opcionales, poseen un valor deóntico negativo y el agente moral debe optar por aquella que conduzca al mundo menos disvalioso. De todas las teorías que hemos analizado hasta ahora bajo la idea de sacrificio (residuo psicológico y normativo), la del mal inevitable pretende ser algo más que una prueba de la existencia de dilemas.

Esta teoría es concebida por algunos autores como un elemento conceptual inherente a las situaciones de dilema. Sin embargo, desde nuestra perspectiva el mal inevitable es un elemento contingente de éstas y jamás podría asumir el carácter de categoría conceptual, pues no está presente en el universo de los casos.

El principal teórico del carácter conceptual del mal es Sinnott-Armstrong (1996), para quien el dilema podría ser definido como aquella situación en la que el agente no puede evitar realizar algo moralmente malo. Aquí, de nuevo se cruzan dos sentidos de la noción del mal, a saber: uno en sentido moral y otro en sentido valorativo no moral. Para Martínez (2007), la distinción es irrelevante en ambos casos ya que,

Si el “mal” a que se hace referencia es un mal moral, éste se identifica con el incumplimiento de una obligación moral: se provoca un mal cuando no satisface lo que es moralmente obligatorio. El mal puede ser “definitivo”, si lo que se incumple es una obligación definitiva, o puede ser un mal *prima facie*, si lo que se incumple es una obligación de ese tipo. En cualquiera de los dos casos, no obstante, se produce un mal moral, por lo que éste está conceptualmente unido a toda situación de conflicto, sea o no dilemática. Por esa razón el argumento es irrelevante: por definición, en todo conflicto se produce al menos un mal *prima facie* (p.307).

Nos encontramos nuevamente ante un elemento que no permite distinguir los conflictos normativos simples de los dilemas morales, ya que en ambos casos

teóricamente se podría producir un mal inevitable a partir del tipo de acciones implicadas. Creemos que muchos autores suelen entender el mal inevitable como las consecuencias lamentables de un hecho, por tal motivo suelen calificar a este tipo de dilemas como casos trágicos. Sobre esto volveremos al final de éste capítulo.

Lariguet (2008), reconoce que la expresión “mal inevitable” es un término que puede aludir a dos sentidos distintos: el primero es el de “violación de un deber u obligación”, mientras que, el segundo es el de “consecuencia lamentable” o “consecuencia desagradable”. Por tal motivo,

Respecto del segundo sentido (consecuencia lamentable o desagradable) su conexión con los dilemas sea, quizá, empírica. Para ver las cosas de este modo asumo tentativamente la distinción entre dos tipos de conexiones: mientras la conexión entre acción y resultado es conceptual, la conexión entre resultado y consecuencia es empírica. Así, el resultado “violación de un deber u obligación” supone una conexión conceptual, mientras la “consecuencia desagradable” supone una conexión empírica. Cabe aclarar que el hecho de que esta conexión se reputa empírica no autoriza a pensar que sea “meramente contingente”, si por esta expresión se entiende una conexión episódica o puntual. Si no todas, la mayoría de las situaciones de dilema generan consecuencias lamentables, sólo que a veces el análisis de esta dimensión no se requiere. Mi afirmación presupone el uso de un cuantificador existencial heterodoxo (en vez de “todos”, “la gran mayoría...”) (Lariguet, 2008,178).

Hemos indicado que la principal crítica que nos merece la teoría del mal inevitable como elemento conceptual, es que se trata de una situación meramente contingente a ciertas clases de dilema. En tal sentido, no puede inferirse el carácter conceptual de ésta idea, a partir del uso de un cuantificador heterodoxo (la gran mayoría), que falsee la universalización de ésta condición para optar al carácter de

categoría conceptual. Podrían existir situaciones de dilema por indeterminación normativa del sistema, entre dos obligaciones cuyas consecuencias no producen destrucción de valor, bien porque no suponen sacrificio alguno o bien porque sus consecuencias son igualmente positivas para el agente.

A manera de conclusión, podemos afirmar que todos los argumentos amparados bajo la idea de sacrificio, son insatisfactorios para determinar la posibilidad de existencia de situaciones de dilema, pues no ofrecen un criterio útil para identificar los mismos y distinguirlos de los conflictos normativos simples.

2.5.El caso de los conflictos trágicos.

Las situaciones de dilema donde las acciones implicadas conducen a consecuencias verdaderamente desgraciadas son denominadas usualmente como casos trágicos. En este tipo de dilema, la situación genera la perplejidad del agente por los efectos que se derivan de las obligaciones disponibles. Sin embargo, es necesario establecer si es posible distinguir éstas del resto de las situaciones dilemáticas, toda vez que los autores que defienden las teorías del sacrificio, admitirían que la pérdida de algo valioso es conceptualmente inherente a todas las situaciones de dilema y, en consecuencia, los casos trágicos no presentarían un elemento distintivo propio para ser catalogados como una especie del referido género.

Según Lariguet (2008), la distinción entre una clase y otra de dilema puede establecerse a partir de: a. diferenciar que debe entenderse por las expresiones de “suceso trágico” y de “conflicto trágico” y b. establecer claramente las relaciones entre “conflicto trágico” y “dilema”.

En cuanto al primer problema, “...con la expresión “suceso trágico” generalmente se apela a características que paradigmáticamente forman parte de la tragedia: la destrucción (por ejemplo, la muerte), la destrucción devastadora (por ejemplo la muerte de muchas personas en un accidente ferroviario), lo “imprevisible” (la gente que iba en el tren no preveía que moriría), etc. En la idea de “conflicto

trágico” se pueden presentar varias de estas características combinadas en forma diversa. Muchos conflictos trágicos suponen diversos aspectos; por caso, algunos que apuntan a componentes “imprevisibles” e inmanejables (Lariguet, 2008,157-158).

En relación al segundo problema, es importante destacar si los términos dilema y conflicto trágico tienen un mismo contenido o se refieren a realidades y cosas distintas. De entrada, existen posiciones divergentes que podríamos catalogar bajo la taxonomía de: i) las teorías que defienden la distinción y ii) las teorías que la niegan.

2.5.1. La tesis de la distinción.

Según esta teoría la conexión entre dilema y conflicto trágico es contingente, porque el mal inevitable no está presente en el universo de las situaciones dilemáticas. Como señalamos arriba nosotros suscribimos este argumento y consideramos que atribuirle a toda situación dilemática el carácter trágico es falsear la fenomenología moral.

2.5.2. La tesis de la indistinción.

Mientras la tesis de la distinción separara los dilemas trágicos respecto de los no-trágicos, la tesis de la indistinción mantiene que la conexión entre dilemas y conflicto trágico no es conceptual, porque siempre en los dilemas las consecuencias son negativas y trascendentes.

2.5.3. La tesis ecléctica.

La tesis ecléctica es desarrollada por Lariguet (2008), en uno de sus principales trabajos de investigación sobre el tema⁸. El autor sostiene que las ideas de

⁸ Nos referimos a Dilemas y conflictos trágicos. Una investigación conceptual, Lima-Bogotá: Palestra-Temis.

sacrificio y mal inevitable son aplicables sino a todos, al menos a la gran mayoría de los dilemas y aceptaría la posibilidad de una distinción conceptual entre “dilemas trágicos” y “dilemas no trágicos”.

Para Lariguet (2008), la distinción entre las categorías de dilema trágico y no-trágico no opera,

...necesariamente en términos exhaustivos y excluyentes, en el marco de una teoría clásica de los conceptos según la cual uno diga algo como lo siguiente: “si el dilema x satisface las condiciones necesarias y suficientes..., entonces es trágico o no es trágico”. Mi idea condicional es que, en caso que resulte útil para el análisis distinguir los dilemas “trágicos” respecto de los “no-trágicos”, esta distinción opera de forma más bien gradual. Las distinciones “graduales” se llevan mejor con la llamada “teoría prototípica” de los conceptos según la cual es posible ver “conexiones conceptuales de semejanza o parecido” y “distinciones conceptuales” en términos graduales (pp. 160-161).

Esta idea de “gradualidad” permite conflictos más o menos trágicos a partir de la significación, importancia o intensidad de los valores y bienes morales en conflicto y que serían de algún modo sacrificados. No obstante, Lariguet (2008) admite que el “sacrificio” no siempre admite graduación,

La graduación sólo se admite cuando se da por sentada la posibilidad de dilemas de sacrificio graduables o del “mal menor”. Esto es independiente de la posibilidad de evaluar el componente trágico presente en situaciones de dilema que no admitan graduación como son las de inconmensurabilidad y empate (p. 162).

2.6. Diferencias entre conflicto normativo simple y dilema moral.

Dado que a lo largo del presente capítulo hemos referido incesantemente la necesidad de establecer una teoría que pueda dar cuenta de la distinción entre los

conflictos normativos simples y los dilemas morales, nos parece prudente precisar ahora nuestra posición al respecto, a partir de las críticas a las tesis del sacrificio y a la idea de obligación moral que ofrecimos en el capítulo primero.

Como hemos expuesto los autores que consideran la idea de sacrificio como central para demostrar la existencia de los dilemas, incurren en una inconsistencia teórica a la hora de justificar como se pueden distinguir éstos de los conflictos normativos simples. La estrategia más común es admitir ambigüamente que los conflictos en general son situaciones dilemáticas cuando suponen el sacrificio de algo valioso. En esta línea argumental encontramos a autores como Williams (1973) y Lariguet (2008).

En el otro extremo, encontramos a los autores que fundamentan la distinción entre dilemas y conflictos normativos simples en el hecho de poder justificar una respuesta correcta a la colisión normativa, a partir de los criterios y procedimientos establecidos por el sistema. Entre los autores que suscriben esta formulación están Zimmerman (1996) y Martínez (2007). Este tipo de argumentos basados en la indeterminación normativa, permite distinguir las situaciones dilemáticas en forma sistemática y exhaustiva. Según Lariguet (2008),

...las dos estrategias de análisis del plus no tienen porque verse como enemigas, téngase en cuenta que mi tesis sobre los dilemas capta su carácter “desafiante” en un sentido mucho mayor que la estrategia seguida por Martínez. Ello es así porque mi tesis rubrica que incluso si hay “procedimientos –por ejemplo ponderación-; escalas –por ejemplo una cardinal- o criterios –por ejemplo obligatorio rechazar la demanda”, la respuesta al fondo del problema no será “irreprochable”: el residuo (normativo, no “meramente” psicológico, cuestión contingente) operará como “recordatorio” de esto (pp. 388-389).

En nuestra opinión, la segunda estrategia es la conceptualmente correcta ya que, con independencia de la teoría moral que sea adoptada para resolver las

situaciones de conflicto, nos permite distinguir las categorías conceptuales propias de los dilemas y de los conflictos normativos simples. Tal distinción es exhaustiva y universal.

A partir de la noción de indeterminación normativa podemos explicar satisfactoriamente las situaciones de dilema que hemos abordado y diferenciarlas de aquellas que no lo son. Su mayor bondad teórica es que permite conciliar la idea de consistencia y coherencia del sistema con la existencia de situaciones dilemáticas.

A continuación, analizaremos los efectos de las situaciones dilemáticas sobre la función jurisdiccional y, en particular, sobre el deber de los jueces de someterse al imperio de la ley en el Estado Constitucional.

SEGUNDA PARTE
LOS DILEMAS MORALES Y LA FUNCION JUDICIAL

CAPITULO III

LA SUJECION DEL JUEZ A LA LEY Y SITUACIONES DE DILEMA.

Delimitada la noción de dilema moral como un problema de indeterminación normativa y aceptando que los sistemas jurídicos contemporáneos son altamente axiologizados, no resulta imposible afirmar que en el ámbito del Derecho podemos vivir la experiencia de toparnos con situaciones de dilema moral.

Si bien para muchos autores estas situaciones serian extrañas (Dworkin, 1978) y aún imposibles, la fenomenología jurídica demuestra que son más comunes de lo que se piensa, lo cual no parece extraño en sistemas que defienden como premisa conceptual el pluralismo valorativo.

La existencia de situaciones dilemáticas en el ámbito jurídico es el objeto del presente capítulo. En particular, nos interesa su incidencia en la labor jurisdiccional de los jueces, pues la mera existencia de dilemas contradice algunas de las premisas conceptuales que regulan la función judicial en el Estado de Derecho.

A lo largo de este capítulo, nos dedicaremos a distinguir los elementos conceptuales que delimitan la función judicial y cómo los mismos se ven contradichos o cuestionados en situaciones dilemáticas. Asimismo, se abordaran las particularidades de la argumentación jurídica frente a la moral desde la perspectiva institucional, lo que consideramos la clave bóveda de toda nuestra argumentación en torno al problema de la incidencia de las situaciones dilemáticas en la función judicial.

Sólo teniendo en cuenta los constreñimientos institucionales del juez podemos entender cuáles son los retos que plantean las situaciones dilemáticas y cómo sería posible superar los mismos. Más adelante –en el capítulo siguiente–, abordaremos las posibles soluciones a los problemas que plantearemos y desarrollaremos en la presente sección.

3.1.La dimensión institucional del sistema jurídico.

Aun cuando las relaciones entre el sistema moral y el jurídico son complejas, no resulta muy controvertido decir que el agente se encuentra en situaciones institucionales muy diferentes, a partir de los elementos de referencia de cada uno de esos sistemas normativos. El carácter autoritativo del sistema jurídico es el elemento que nos permite distinguir radicalmente la posición del agente en uno y otro caso. Esta situación de constreñimiento es más exigente en el caso del juez, quien debe decidir las controversias a partir de un conjunto de reglas que limitan sus argumentos y sus posibilidades de reflexión en el tiempo. De esta manera, el juez queda afectado en su carácter de agente moral calificado institucionalmente por dos elementos; a. los principios y valores a tener en cuenta y, b. los argumentos que pueden ser aceptables en la deliberación (proceso).

El juez no es un agente moral simple por lo que sus decisiones están constreñidas por ciertos aspectos que configuran la dimensión institucional del derecho. Esta dimensión institucional del derecho,

...puede ser explicada desde distintas concepciones (por ejemplo una emparentada con alguna versión del positivismo jurídico) y con distinto alcance: una que defienda una insularidad o autonomía total del derecho con respecto a una moral crítica, u otra que defienda una insularidad o autonomía parcial del derecho con respecto a una moral crítica (Lariguet, 2008,341-342).

Obviamente, no todas las posibles visiones en torno a la tensión ley/justicia son acordes con el esquema institucional derivado del Estado Constitucional. En efecto, la presencia dentro del sistema jurídico de principios y valores, así como la aplicación axiológica de la Constitución, ha reformulado la relación entre derecho y moral. Para Guastini (2003), son siete las condiciones que permiten identificar el proceso de “constitucionalización” de los ordenamientos jurídicos. Tales condiciones forman parte de una suerte de tipo ideal construido por el autor, sin ánimo de

pretender afirmar que las mismas se expresan con la misma intensidad o en el mismo número, en cada uno de los sistemas constitucionales individualmente considerados.

Esta constitucionalización es una propiedad gradual por lo que puede hablarse de ordenamientos con un mayor o menor grado de constitucionalización. En efecto, en la medida en que concurran en un ordenamiento jurídico, un número mayor de las condiciones señaladas por Guastini o, se manifiesten con mayor intensidad, podemos afirmar que el mismo puede ser calificado como constitucionalizado.

Las condiciones a que hacemos referencia son: 1. Una Constitución rígida, 2. La garantía jurisdiccional de la Constitución, 3) La fuerza vinculante de la Constitución, 4) La “sobreinterpretación” de la Constitución, 5) La aplicación directa de las normas constitucionales, 6) La interpretación conforme de las leyes y 7) La influencia de la Constitución sobre las relaciones políticas.

A continuación, analizaremos el contenido y alcance de todas y cada una de las condiciones antes señaladas y asimismo, estudiaremos en qué medida, se encuentran presentes en el ordenamiento jurídico venezolano actual.

1) Una Constitución rígida.

Esto significa que la Constitución solo puede ser objeto de modificación a través de un procedimiento especial, usualmente más complejo que el legislativo ordinario –agravado- y, que en virtud de ello, posee fuerza derogatoria ante la legislación ordinaria.

En nuestra doctrina, Peña (2008a) señala que la rigidez constitucional posee un sentido político que permite garantizar el respeto de las minorías y evita la inestabilidad de los acuerdos alcanzados, excluyendo de la mayoría parlamentaria la discusión sobre ciertos temas fundamentales. Según este autor,

...La Constitución es calificada como rígida cuando ella prevé un procedimiento especial, distinto al legislativo ordinario, que contempla formalidades más complejas (procedimiento agravado, en términos de

la doctrina), para ser modificada. Con la rigidez se persigue otorgarle una cierta estabilidad a la Constitución, y al mismo tiempo, en cierto sentido, una garantía a las minorías en caso de reforma (p.103).

Para La Roche (1991), la rigidez constitucional comporta dos consecuencias fundamentales:

- a) La inviolabilidad de la Constitución, según la cual el texto constitucional se encuentra dotado de cierta inmutabilidad, y
- b) La Supremacía de la Constitución, al colocar este instrumento jurídico-político en el tope de la jerarquía legislativa existente en el Estado. Estas dos consecuencias, la de Inviolabilidad Constitucional y de la Supremacía de la Constitución, tienen como sanción dos instituciones denominadas: i) control de la Constitucionalidad; y ii) la Revisión o Reforma Constitucional (p. 199).

En conclusión, la principal consecuencia de la rigidez constitucional la constituye el hecho de que el legislador ordinario, es incompetente para modificar el texto de la Carta Magna. Las disposiciones que éste dicte en sentido contrario a la Constitución son nulas y carecen de efectividad. La Constitución venezolana de 1999 debe ser calificada como rígida porque,

...es inmune a la derogación mediante cualquier instrumento ordinario que forme parte del ordenamiento jurídico. Y sólo puede ser modificada siguiendo el procedimiento agravado de reforma constitucional, bien mediante la enmienda, la reforma o la Asamblea Nacional Constituyente (Peña, 2008^a,121).

Todo acto de la legislación ordinaria que derogue en alguna forma lo dispuesto en la Constitución, carece de validez y su nulidad deberá ser declarada por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia.

2) La garantía jurisdiccional de la Constitución.

La salvaguarda de la supremacía constitucional se implementa mediante un procedimiento de control de constitucionalidad de las normas de rango legal o de ejecución directa e inmediata de la Constitución. Para esto, se crean tribunales especiales que pueden o no ser parte del poder judicial y que ejercen, la denominada jurisdicción constitucional. Estos procedimientos son de diversa índole, pero todos conducen a abrogar las normas que coliden con la Constitución.

En nuestro país, Rondón (2013) afirma que el control o garantía jurisdiccional de la Constitución, se despliega a las leyes y demás actos con rango de ley que colidan con la Constitución. Dentro de estos actos, estarían: las constituciones y las leyes de los Estados, las ordenanzas y los actos emanados de los Concejos Municipales sin forma de ley, así como los actos con rango de ley, dictados por el Ejecutivo Nacional.

Este control, en nuestro país, según el artículo 336⁹ de la Constitución de 1999, ha quedado atribuido a la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, por cuanto, le corresponde conocer de la nulidad de:

...a.- Leyes nacionales; b.- Actos legislativos con rango de ley (actos parlamentarios sin forma de ley); c.- Constitución y leyes estatales; d.- Ordenanzas municipales, y en general de los actos de los cuerpos deliberantes de los entes territoriales menores (Estados y Municipios, dictados en ejecución directa e inmediata de la Constitución); e.- Decretos-leyes regulares dictados en ejecución de una ley habilitante, y actos de gobierno (Rondón, 2013,538).

⁹ Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela No. 5908, del 19 de febrero de 2009.

3) La fuerza vinculante de la Constitución.

Esta condición supone que la Constitución no es una declaración programática, pendiente de desarrollo legislativo y sin fuerza normativa en la vida práctica.

Por el contrario, es una norma jurídica plena que debe ser observada y aplicada por todos los Poderes Públicos e incluso en las relaciones jurídicas de los particulares, tanto lo que respecta a su parte orgánica y procedimental como a su parte sustantiva donde se establecen derechos y otros bienes constitucionales.

El principio comporta una doble vinculación. Por una parte, vincula a todos los Poderes Públicos, no sólo al Poder Legislativo sino igualmente, al Poder Ejecutivo y Judicial. Por la otra, todos los particulares están igualmente sujetos en sus relaciones jurídicas por lo dispuesto en el texto constitucional, razón por la cual en sus relaciones privadas no pueden disponer de su contenido.

Nuestra Constitución de 1999, es categórica en relación a su fuerza vinculante, tanto respecto de los Poderes Públicos como respecto de los particulares. Como señala Peña (2002),

...contiene disposiciones específicas que le dan la coloratura jurídica a todas las normas de la Constitución, es decir, que le proporcionan esa cobertura, otorgándole la máxima fuerza de obligar. Así, el artículo 7 zanja de manera definitiva cualquiera discusión o controversia sobre el carácter normativo o no, al establecer "...Todas las personas y órganos que ejercen el Poder Público están sujetos a esta Constitución". El artículo 19 es una particularización de dicho dispositivo general en relación a los derechos humanos, al preceptuar "El Estado garantizará a toda persona, conforme al principio de progresividad y sin discriminación alguna, el goce y el ejercicio irrenunciable, indivisible e interdependiente de los derechos humanos. Su respeto y garantía son obligatorios para los órganos del Poder Público..." (p. 113).

La vinculación directa de los particulares al texto constitucional es una particularidad del Constitucionalismo contemporáneo, el cual concibe el texto de la Constitución como un orden y no, exclusivamente como un límite de los Poderes Públicos. Como resalta Peña (2002),

...en ese sentido los aludidos artículos 7 y 131 innovan, por lo menos formalmente, porque a diferencia de las Constituciones anteriores, las cuales, siguiendo las pautas del liberalismo tradicional, establecían la vinculación únicamente de los Poderes Públicos, y así mismo eran a los Poderes Públicos a los que estaban dirigidos los preceptos consagratorios de los derechos fundamentales (p.113).

4) La “sobreinterpretación” de la Constitución.

Con esta condición se hace referencia a la tendencia de extender la Constitución más allá de los límites de su texto estricto, atribuyéndole “principios y valores básicos”, no explícitos. Esta atribución de significado de la vida política y social se deriva de la concepción de la Constitución como un orden, por lo que ésta regula la vida social y política en su totalidad. La consecuencia inmediata de esta consideración es la mayor utilización de la interpretación extensiva del texto constitucional frente a la literal.

La “sobreinterpretación” ha conducido a la redefinición de los textos legales a partir de los valores y principios constitucionales. Ha planteado nuevos presupuestos conceptuales de la relación de sujeción del juez a la Ley y, sobretodo, supone que toda interpretación legal puede ser justificada a partir de la Constitución. Como señala Molina (2002),

...La Constitución es pues, la plataforma sobre la que se debe construir todo el ordenamiento jurídico, lo que supone su aplicación a la totalidad de las instituciones jurídicas y un cambio de mentalidad en los operadores del Derecho, quienes deben abandonar los instrumentos

interpretativos del positivismo para abrazar las técnicas interpretativas de la Constitución que alberga: normas abiertas y cláusulas generales en forma de principios y valores (p. 43).

En nuestra opinión, la sobreinterpretación de la Constitución conduce a una extrema subjetividad en la aplicación del Derecho. Según esta posición, los principios constitucionales operarían siempre como excepciones de las reglas, la seguridad jurídica sería casi quimérica y la labor del juez un acto de proselitismo moral, político o religioso siempre que la Constitución de pie a un determinado valor particular.

Aun cuando nos referiremos al tema axiológico más adelante, nos permitimos afirmar que la Constitución establece un orden plural, que sólo entroniza como meta criterio la diversidad y el consenso del orden político y social. Por ello, cuando se apela a los principios y valores constitucionales debe tenerse presente que la aplicación de cualquiera de ellos, debe salvaguardar esa diversidad y ese consenso. En tal sentido, suscribimos con Delgado (2012) la opinión de que “...cuando la autoridad toma los límites constitucionales como un marco en que todo entra, entonces renuncia también a utilizar el valor legitimador de la Constitución” (p. 29)¹⁰.

5) La aplicación directa de las normas constitucionales.

Significa que las normas constitucionales no requieren de desarrollo legislativo alguno para ser eficaces, pues ellas son de aplicación directa independientemente de su abstracción y generalidad.

¹⁰ Según Delgado (2012), La paradoja se da aquí en el hecho de que precisamente al usar la Constitución “para todo” deja de ser algo que pueda “ser usado”, puesto que pierde prestigio que hace que quienes detentan el poder sientan la tentación de usarla para cualquier fin, y sin esta cualidad, su aprovechamiento no es más que una representación teatral que a nadie engaña. Cuando la autoridad toma los límites constitucionales como un marco en que todo entra, entonces renuncia también a utilizar el valor legitimador de la Constitución. No es verdad que cualquier posible voluntad política pueda ser jurídicamente justificada por medio de la Constitución. El hacernos capaces de comprender el sentido en el cual el derecho es, con respecto a lo político, algo no enteramente subordinado, nos permite entender al mismo tiempo en qué medida la realidad jurídica obedece a exigencias que derivan de su propia naturaleza y que imponen límites a cualquier intento por someterla a la manipulación del poder (p. 29).

Las normas constitucionales ya no pueden ser calificadas como mandatos dirigidos exclusivamente al Poder Legislativo, sin eficacia normativa hasta su desarrollo legal. Las doctrinas que dividían en dos categorías a las normas constitucionales, según éstas poseyeran aplicación directa o no (normas programáticas vs. normas operativas) quedaron liquidadas por la nueva política constitucional. Ahora, todas las normas de la Carta Magna poseen aplicación directa y vinculan a todos los poderes del Estado.

Este principio parece inspirar el artículo 7 de nuestra Constitución de 1999 y, en general, la totalidad de sus disposiciones. En otras palabras, nuestra Constitución es fuente de Derecho además de establecer las fuentes de las que emana el mismo. Como sostiene Peña (2008a),

...el artículo 7 además de calificar a la Constitución como la norma suprema del ordenamiento jurídico (carácter normativo), precisa que todas las personas y los órganos del Poder Público están sujetos a ella, que es igual a proclamar que todos los Poderes Públicos están obligados a aplicar todos los dispositivos constitucionales, independientemente de su formulación lexicográfica y, especialmente, en cuanto concierne a los jueces, quienes quedan obligados a aplicar el resto del ordenamiento jurídico “conforme a la Constitución”, de tal manera que no se trata únicamente de que el Poder Judicial debe anular las leyes que sean contrarias a la Constitución, sino que además debe aplicar ésta, incluso en contra de la propia ley, que es precisamente lo que ocurre con el denominado control difuso de la constitucionalidad (p. 116).

La Constitución obliga al Poder Ejecutivo y, en particular, a la Administración Pública a adoptar los dispositivos constitucionales en forma directa, como ocurre en el caso del debido proceso legal, establecido en el artículo 46 de la Constitución. Esta situación conlleva a la reformulación de uno de los dogmas del Derecho Administrativo como es el principio de legalidad. Ahora, la Administración debe

velar no sólo por aplicar la Ley, sino principalmente, la Constitución. Su vinculación primaria es a la Carta Magna y, en consecuencia, debe velar porque las disposiciones normativas no la contravengan. Como indica Peña (2008),

...esa también debe ser la conducta de los otros Poderes Públicos, particularmente de la Administración Pública, que como es sabido ejerce en muchos casos la función sustancialmente jurisdiccional... En fin, se trata de un estado de sujeción total tanto de las personas como de los Poderes Públicos a la Constitución en su totalidad, sin poder establecer diferencias basadas en la formulación particular de las normas constitucionales (p. 116).

La aplicación directa de la Constitución ha sido reconocida por la Sala Constitucional de nuestro Tribunal Supremo de Justicia, al considerar ésta que la falta de regulación legal no impide la tutela de los derechos fundamentales, pues “...dicha tutela debe reconocer el Derecho transgredido de conformidad con su contenido constitucionalmente declarado, a tenor de lo dispuesto en los artículos 19 y 22 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela”¹¹.

6) La interpretación conforme de las leyes.

Esta condición se refiere a la tendencia generalizada de interpretar y aplicar las leyes procurando su armonización con el texto constitucional. Sobre todo cuando éstas poseen problemas derivados de su lenguaje -ambigüedad, vaguedad- o, en general, cuando coliden con otras normas o poseen lagunas. En todos esos casos, se prefiere siempre la “interpretación conforme” al texto constitucional, llegándose inclusive a la llamada interpretación correctora. Según Peña (2008a),

...Los órganos jurisdiccionales sustentados en la presunción de constitucionalidad de toda Ley, optaron por darle preferencia en sus

¹¹ Caso: **HERMAN ESCARRA**. Sentencia número: 1309 de fecha 19 de julio del año 2001, emanada del Tribunal Supremo de Justicia en Sala Constitucional. Magistrado-Ponente: JOSE M. DELGADO OCANDO.

sentencias a las interpretaciones que estaban en sintonía con la Constitución, desestimando a aquellas que no reunían esa condición, dando lugar a una jurisprudencia que originó un verdadero principio denominado “interpretación conforme a la Constitución”, que dicho sea de paso, vincula no sólo a los Tribunales Constitucionales, sino a todos los Tribunales (p. 201).

La “interpretación conforme a la Constitución” es una consecuencia del denominado principio de deferencia hacia el legislador, mediante el cual el Poder Judicial reserva las sentencias estimativas de nulidad, para aquellos casos en los cuales el legislador contraría irremediable y evidentemente el texto Constitucional. Esta posición es el reflejo de otro principio aún más general como el de División de Poderes. Como señala Peña (2008a),

Naturalmente que este principio conduce en términos generales a la preservación de la norma impugnada –en nuestro caso la Sala Constitucional- decide escoger el camino de la interpretación conforme a la Constitución dictando una sentencia desestimatoria, pues mediante el examen del recurso, desecha el alegato del recurrente, pero en el proceso hermenéutico deriva una tesis interpretativa distinta a las formuladas por las partes, que considera y declara es la que resulta conforme a la Constitución (p. 201).

Nuestra Sala Constitucional, admite la interpretación conforme de las leyes siempre bajo ciertas condiciones formales y axiológicas. Estas condiciones suponen límites a la fórmula interpretativa y conducen a la protección de la Constitución y la jurisdicción constitucional que la garantiza. En cuanto a los requisitos formales destacan,

...como la técnica fundamental (división del poder, reserva legal, no retroactividad de las leyes, generalidad y permanencia de las normas,

soberanía del orden jurídico, etc.) [Ripert. Les Forces créatrices du droit, Paris, LGDJ, 1955, pp. 307 y ss.].¹²

De otra parte, entre los requisitos axiológicos la Sala señala que, deben tomarse en consideración los siguientes,

(Estado social de Derecho y de justicia, pluralismo político y preeminencia de los derechos fundamentales, soberanía y autodeterminación nacional), pues el carácter dominante de la Constitución en el proceso interpretativo no puede servir de pretexto para vulnerar los principios axiológicos en que descansa el Estado constitucional venezolano.¹³

En conclusión, “interpretar el ordenamiento jurídico conforme a la Constitución” es para la Sala Constitucional, “...salvaguardar a la Constitución misma de toda desviación de principios y de todo apartamiento del proyecto político que ella encarna por voluntad del pueblo”¹⁴.

7) La influencia de la Constitución sobre las relaciones políticas.

La última condición de Guastini (2003) hace referencia al uso generalizado de la Constitución y sus normas como fuente de justificación y legitimidad de las decisiones políticas, llegándose en algunos casos a utilizarla para resolver controversias estrictamente políticas.

La influencia de la Constitución sobre las relaciones políticas se debe nuevamente a su pretensión de ordenar las relaciones políticas y sociales, más que de fungir de límite al poder del Estado. Por esta razón como apunta (Casal, 2004),

¹² Caso: **HERMAN ESCARRA**. Sentencia número: 1309 de fecha 19 de julio del año 2001, emanada del Tribunal Supremo de Justicia en Sala Constitucional. Magistrado-Ponente: JOSE M. DELGADO OCANDO.

¹³ Caso: **HERMAN ESCARRA**. Sentencia número: 1309 de fecha 19 de julio del año 2001, emanada del Tribunal Supremo de Justicia en Sala Constitucional. Magistrado-Ponente: JOSE M. DELGADO OCANDO.

¹⁴ Caso: **HERMAN ESCARRA**. Sentencia número: 1309 de fecha 19 de julio del año 2001, emanada del Tribunal Supremo de Justicia en Sala Constitucional. Magistrado-Ponente: JOSE M. DELGADO OCANDO.

La Constitución está abierta al proceso político, pues, antes que un Código exhaustivo de la Política, es un instrumento al servicio del acuerdo y del consenso, al servicio de la democracia y, por tanto, del pluralismo en que ésta se sustenta. Ha de ser elaborada de modo que todos, o casi todos, la sientan al menos en lo esencial, como propia, y una vez aprobada debe guiar, no determinar, el devenir político (p. 38).

En la medida que una Constitución pretenda imponer una idea del orden social y político a una sociedad, debe permanecer abierta al tiempo y tener cierta capacidad de adaptación para garantizar su durabilidad y vigencia respecto de los problemas socio-políticos que se le presenten en la actualidad y en el futuro. Por ello, señala Casal (2004), las Constituciones utilizan términos vagos e imprecisos que operan como,

...cauces a través de los cuales circulan las demandas de la realidad y, por ende, de la historia. En lo dicho está implícita, sin embargo, la idea de que la Constitución no renuncia a orientar, encauzar los fenómenos socio-políticos, en esto reside su valor normativo o prescriptivo, sin el cual la Constitución no sería más que una hoja de papel que naufragaría en medio del torrente de las fuerzas políticas y sociales (pp. 38-39).

La apertura al proceso político es denominada por Zagrebelsky (1997) como ductibilidad constitucional. Ella supone que las normas de la Constitución exigen asumir los valores de la coexistencia y el compromiso mutuo. Para este autor,

La visión de la política que está implícita no es la de la relación de exclusión e imposición por la fuerza (en el sentido del amigo-enemigo hobbsiano y schmittiano), sino la inclusiva de integración a través de la red de valores y procedimientos comunicativos, que es además la única visión no catastrófica de la política posible de nuestro tiempo (pp. 14-15).

En el plano del razonamiento judicial y de la justificación de sus decisiones la aplicación mecánica de la ley ya no se identifica con la función de los jueces, pues las nuevas realidades jurídicas implican normas de principio, con dimensiones axiológicas que reformulan la noción de validez jurídica. Ahora, las normas deben ser válidas tanto en el plano formal como también en el material o sustantivo conforme a los valores superiores que se establecen en la Constitución. En consecuencia, los jueces no pueden decidir conforme a la ley, sin importar cuán injusta o absurda resulte la aplicación de la misma. Esta posición insular del Derecho es insostenible en el Estado Constitucional y nos coloca en el núcleo del problema de la dimensión institucional, a saber; el análisis del surgimiento del derecho a partir de “fuentes sociales” (legislación, costumbre, jurisprudencia, etc.).

De nuestro interés por las fuentes se deriva la respuesta a la pregunta sobre el origen de la “normatividad” del Derecho. En otras palabras, porqué los jueces deben aplicar prevalentemente las normas jurídicas en detrimento de las normas morales y en qué casos ésta prevalencia es cuestionable a la luz de los valores y principios constitucionales. La respuesta a esta “preeminencia” debe explicarse en el elemento de autoridad contenido en el Derecho.

Autores positivistas como Raz (1990), apoyan la pretensión de autoridad en la idea de que las razones jurídicas suministran razones excluyentes (de primer y segundo orden) y razones independientes de contenido o válidas sólo en virtud de su fuente. Esta visión no es para nada simplista y creemos que se aleja del mero positivismo jurídico ideológico. Posee serias implicaciones de orden filosófico que remiten al problema de la división de poderes y el origen democrático de las leyes.

La dimensión institucional del Derecho implica una serie de condicionamientos particulares que le distinguen de la moral. Según Lariguet (2008), estos condicionamientos pueden resumirse en tres estructuras institucionales básicas:

- a. **Procedimientos establecidos por el Derecho:** Los jueces no pueden decidir las controversias con el método que consideren más justo o mejor. Esto

significa que ante una situación difícil o una situación de dilema, el juez no podría tirar una moneda al aire ya que debe decidir conforme a lo que establece la ley.

- b. Modalidades de argumentación aceptables:** Cuando decimos que el juez debe justificar su decisión nos comprometemos a argumentar los fundamentos de la misma. No se trata de explicarla, de decir las causas que nos llevaron a tomar una determinada acción frente a otra. Causas que podrían ser además absolutamente arbitrarias y personales, producto de un acto de mera voluntad. El juez debe ver al Derecho como una práctica compleja que consiste en dar y recibir razones, "...una práctica de dar y recibir razones se rige por "cánones" de argumentación que determinan criterios de evaluación de las razones. Conforme estos criterios de evaluación de las razones sería factible determinar en qué grado un argumento es "aceptable" o no lo es. La aceptabilidad es una manera de decir que la argumentación tiene un rol normativo en cuanto determina qué se puede decir o no se puede decir. Los cánones de argumentación de una práctica como la jurídica abrazan tanto a argumentos generales (por ejemplo el modus ponens, analogía, o la reducción al absurdo), cuanto argumentos específicos tales como "argumento a rúbrica", sede materiae, etc., así como una batería de argumentos que invocan principios o consecuencias de aplicar normas determinadas" (Lariguet, 2008,344-345). El juez no puede decir que aplica o inaplica el Derecho a voluntad, por el contrario, debe expresar los argumentos que hagan admisible tal decisión. El deber de acatamiento de la ley es la regla y la inaplicación de la misma la excepción.
- c. Piezas o elementos jurídicos:** La dimensión institucional también implica reconocer que hoy en día el sistema jurídico no está exclusivamente integrado por reglas sino igualmente por principios y valores jurídicos superiores. Ésta realidad que antes asociamos a la constitucionalización del sistema

normativo, implica que el razonamiento jurídico opera no sólo a nivel de las reglas como razones excluyentes, sino también a nivel de los valores como razones subyacentes. Como sostuvimos en otro lugar (Márquez, 2013), las distinciones entre reglas y principios a lo sumo funcionan de manera “gradual” y con éxito relativo, por lo que debería tomarse siempre la distinción entre reglas y principios como relacional a un caso concreto.

La dimensión institucional del Derecho tiene un primer orden de importancia en el estudio de los dilemas morales pues: i) ayuda a explicar el funcionamiento del Derecho y contribuye a justificar la aplicación del mismo y ii) nos permite destacar que en el ejercicio de la función judicial, los jueces se rigen por un conjunto de valores. En cuanto a este último aspecto, nuestra investigación es de sumo interés tanto para la filosofía jurídica como para la filosofía política, pues reflexiona sobre un problema capital del Estado de Derecho como el de la independencia judicial.

Si los jueces quieren ser independientes no pueden usar a la ley para defender sus propias convicciones políticas o morales cuando éstas colidan con la misma. La complejidad de la función judicial se explica en el hecho de que los jueces operan sobre un pluralismo de valores y elecciones. Una complejidad así “...permite entender porque no parece raro discutir sobre el alcance y límites de la “objeción de conciencia” de un ciudadano ordinario y sí parece más extraño hablar de “objeción de conciencia judicial” (Lariguet, 2008,348).

Veamos ahora con mayor profundidad los dos condicionamientos institucionales que acabamos de presentar, referido a la posición del juez como agente moral calificado y como mero agente del Estado encargado de actuar como “boca de la ley”. Todo ello, siempre desde la perspectiva institucional del juez.

3.1.1. El juez como agente moral.

En esta sección queremos destacar un aspecto muy poco considerado en la filosofía del Derecho relacionado con la vinculación del juez a la ley. Nos referimos a

su rol de agente moral individual y, específicamente, al papel que juega su autonomía moral y su conciencia en la aplicación de la ley al caso concreto.

Quizás, este aspecto ha sido poco estudiado porque la concepción positivista del sistema jurídico, siempre ha defendido la separación entre Derecho y moral bajo el supuesto de una confrontación entre la autoridad y justicia (entre el ser y el deber ser), por razones epistemológicas que permiten el estudio del Derecho como una ciencia y no como un discurso particular de la razón práctica.

La concepción de la conciencia como tribunal de nuestros actos la encontramos modernamente en la obra de Kant (1998), quien la consideraba semejante a un tribunal interno al hombre. Este autor, se refería no sólo a la conciencia de los actos realizados, sino a la conciencia moral que permitía identificar la corrección de nuestras acciones. En efecto,

Todo hombre tiene conciencia moral y se siente observado, amenazado y sometido a respeto -respeto unido al temor- por un juez interior; y esa autoridad que vela en él por las leyes no es algo producido arbitrariamente por él mismo, sino inherente a su ser. Cuando pretende huir de ella, le sigue como su sombra. Puede, sin duda, aturdirse y adormecerse con placeres y distracciones, más no puede evitar volver en sí y despertar de cuando en cuando tan pronto como percibe su terrible voz. Puede incluso, en su extrema depravación, llegar a no prestarle atención, pero lo que no puede en ningún caso es dejar de oírla (Kant, 1998, 348).

Puede parecer ingenua la afirmación de Kant de cara a la fenomenología moral, pero es más común de lo pensado que nuestras acciones diarias se sigan por obligaciones de conciencia, que generen sentimientos de culpa y remordimiento cuando no las consideramos correctas. Esta condición moral supone que somos juez y parte de todas nuestras acciones. Cuando actuamos sabemos no sólo que lo hacemos sino igualmente si lo que hacemos está bien o mal. Este desdoblamiento es una

manifestación de lo que se conoce como la estructura reflexiva de nuestra subjetividad. Según Muguerza (2003),

Lo que Kant llama “juicio” desde un punto de vista moral (*iudicium*) descansa en la capacidad que tiene ese sujeto de desdoblarse en sí mismo y en otro, un otro al que el sujeto pone por juez de sus propios actos y ante el que se presenta como si lo hiciera “ante una audiencia” (*coram iudicio*), mas con la particularidad de que la ley, la ley moral, con que aquel otro ha de juzgarle no es -advierde Kant- sino la ley que el sujeto “se ha dado a sí mismo”. Pues en el tribunal de la conciencia, el sujeto moral no sólo es, además de “reo”, “juez”, sino también “legislador” o autolegislator (pp.185-186).

Lo característico del sujeto moral para Kant es el atributo de la autonomía, pues si bien los contenidos morales se derivan en la mayoría de los casos de los códigos morales vigentes en la sociedad (Heterónomos), el sujeto moral siempre podrá asumirlos autónomamente si ésta es su voluntad. En consecuencia, “...la libertad se convierte ni más ni menos que en la razón de ser de la ley moral y de nuestra mismísima condición de sujetos morales. Y es que, en efecto, la libertad no sólo hace posible que nos demos a nosotros mismos “nuestra propia ley”, sino también hace posible que seamos “capaces de cumplirla o incumplirla” (Muguerza, 2003,186). La libertad moral nos hace responsables de nuestros actos y permite que lleguen a sernos imputados, quedando condenados o absueltos por nuestras acciones a nivel del tribunal de nuestra propia conciencia.

El juez como agente moral no está exento de ésta condición cuando se le considera como funcionario del Estado al servicio de la Ley. En efecto, el juez debe decidir conforme a la Ley, lo que no siempre puede coincidir con lo ordenado por su conciencia. Él es libre y autónomo como sujeto individual pero no lo es como funcionario de la Ley. En consecuencia, ¿el juez estaría obligado a cumplir una ley injusta?, ¿hasta dónde alcanza el deber de sujeción a la Ley? En principio, nadie puede

evadir su responsabilidad moral alegando un deber jurídico que anule la autonomía moral, lo que deja en evidencia que el deber de obedecer el Derecho no es incondicionado para el juez. Sobre este punto, volveremos más adelante cuando estudiemos la teoría de la justificación legalista de las decisiones judiciales de Lyons (1998), pero ahora nos interesa destacar como ha señalado Welzel (1962), que “obrar en conciencia” no es lo mismo que “obrar como es debido”. La conciencia del juez, en tanto que juez, no permite el desdoblamiento kantiano a que hicimos referencia, pues el juez no ocupará el rol del acusado a los efectos de comprender la conducta de éste y tampoco ejercerá el rol del legislador a los efectos de determinar el código aplicable. En tal sentido, las decisiones del juez siempre se verán constreñidas por la ley ajena y enjuiciarán la conducta ajena. Nos encontramos, como señala Muguerza (2003) ante un caso realmente singular,

...de un sujeto que -sin dejar de ser por ello un sujeto moral- podría tal vez decir, sin incurrir en “mala fe” (esto es, en mala voluntad), “No me es dado actuar de otra manera” o, con otras palabras, “No soy libre de decidir sino dentro de los límites que me marca la ley”, donde las constricciones impuestas por esta última ya no operarían por vía causal.....sino serían, estrictamente hablando, constricciones jurídicas, las constricciones, por así decirlo, del imperio de la ley (para muchos, ahí residiría la grandeza y la servidumbre de la judicatura, y a eso vendría por tanto a reducirse el problema de la conciencia del juez) (p. 197).

El constitucionalismo moderno reconoce que los contenidos materiales de la ley son esenciales para poder predicar su vigencia y validez en un caso individual, por lo que los jueces cuentan con instrumentos que le permiten aplicar directamente la Constitución y los principios morales en ella contenidos, resolviendo las objeciones de conciencia que pudieran aparecer por la aplicación de la ley. Ahora bien, asumir que la aplicación del Derecho no es una simple operación de inferencia lógico-

deductiva y que el juez no es “...un ergo, ni una partícula ilativa cuya única función sea conectar unas premisas con una conclusión dentro de un silogismo, como en el caso del llamado “silogismo judicial” que se limita a derivar, al menos en apariencia, una sentencia a partir de una norma o conjunto de normas, tras de la subsunción de los hechos relevantes bajo el supuesto regulado por la ley” (Muguerza, 2003,198).

Aplicar la ley significa argumentar jurídicamente para justificar una determinada decisión, que pueda solucionar definitivamente el elemento trágico de los dilemas morales, pues son esos casos trágicos donde se plantean problemas de conciencia a los jueces y tribunales. En otras palabras, siempre será trágica la relación entre la ley y la conciencia o el Derecho y la justicia, pues implica la eterna tensión que existe entre el ser jurídico y deber ser político o moral.

3.1.2. El juez como “boca de la Ley”.

Los jueces en la práctica jurisdiccional tienen como labor esencial la interpretación de textos, expresados a través de leyes, precedentes judiciales o doctrinas. Como cualquier otro interprete, los jueces buscan fijar el sentido de las normas a partir de situaciones concretas que deben decidir. En algunos casos, la interpretación es unívoca y el juez lo que hace es adoptar el sentido literal de las palabras. En otros, esta labor no se expresa de forma tan sencilla y mecánica y se requiere un esfuerzo mayor que desborda los cauces de la literalidad del lenguaje.

En los casos fáciles¹⁵ el juez suele acudir a distintos esquemas de interpretación que asumen como característica común, que el ordenamiento jurídico es el límite de los razonamientos judiciales y, en consecuencia, no es válido deducir interpretaciones de otros sistemas normativos no jurídicos como la moral. En este tipo de interpretaciones se utiliza un método de inferencia lógico-deductiva denominado subsunción (silogismo jurídico).

¹⁵ Para Martínez (2010) los casos fáciles son aquellas situaciones en las que la determinación de la respuesta jurídica resulta sencilla mediante la aplicación del silogismo jurídico, sin que surjan dificultades ni en las premisas normativas ni en las premisas fácticas. (p. 282).

Según este esquema las normas jurídicas establecen tanto las condiciones de aplicabilidad como los presupuestos de hecho que deben ser satisfechos para su aplicación. La norma establece lo que es más allá de que exista una moral crítica que discuta su deber ser. Este es el esquema que adoptan las codificaciones normativas decimonónicas de corte racionalista, como el artículo 4 de nuestro Código Civil, al establecer que:

Artículo 4. A la ley debe atribuírsele el sentido que aparece evidente del significado propio de las palabras, según la conexión de ellas entre sí y la intención del legislador.¹⁶

No obstante, existen casos oscuros o difíciles (al lado de los casos fáciles) donde la actividad interpretativa se complica. En estos casos, el juez no deduce en forma clara la respuesta correcta debido a razones de vaguedad del lenguaje, de ambigüedad de las palabras o de relevancia del sistema, esto es, antinomias o vacíos que suelen adoptar la forma de lagunas normativas o lagunas axiológicas (MacCormick, 1978). Estas situaciones de indeterminación normativa también son reconocidas por el Derecho positivo, previendo las formas racionales a partir de las cuales se complementa la actividad interpretativa. En nuestro caso, el antes referido artículo 4 del Código Civil, establece que:

Cuando no hubiere disposición precisa de la ley, se tendrán en consideración las disposiciones que regulan casos semejantes o materias análogas; y si hubiere todavía dudas se aplicarán los principios generales del derecho.

La aplicación subsuntiva se vuelve entonces, en algunas oportunidades, incapaz de dar respuesta a toda la fenomenología derivada de la aplicación de las normas jurídicas, básicamente porque el lenguaje plantea problemas de relevancia y connotación al interprete que desbordan el cauce de la interpretación literal (MacCormick, 1978).

¹⁶ Publicado en la Gaceta Oficial No. 2990 Extraordinaria del 26 de julio de 1989.

La actitud del juez y, en general, del intérprete jurídico ante los textos, puede dar lugar a tres posiciones o tipos de respuesta. Nos referimos –siguiendo a Lariguet (2008)- a: i) las respuestas jurídicas simples; ii) las respuestas jurídicas complejas y iii) las respuesta morales.

i) Respuestas jurídicas simples.

Las respuestas simples serian aquellas que no requieren de mayor esfuerzo hermenéutico por parte del juez, son aquellas que apelan a la literalidad de la palabra, del texto, de la oración. Bajo esta óptica el Derecho se agota en las reglas, las cuales operan como razones excluyentes de otras razones sustanciales.

Las respuestas jurídicas simples implican una interpretación inderrotable de las reglas, pues no hay razón sustantiva que impida su aplicación literal. Como señala Lariguet (2008), estas “...consideraciones sustanciales pueden ser de dos tipos diversos: o bien consideraciones sustanciales jurídicas que se encuentren implícitas o subyacentes, o bien consideraciones sustanciales extra-jurídicas cuya apelación requiera salirse del Derecho a otro dominio, por ejemplo la moral crítica” (p. 353). La interpretación literal niega la existencia de tales razones sustanciales jurídicas o extrajurídicas subyacentes a las normas.

ii) Respuestas jurídicas complejas.

Este segundo tipo de respuesta no asume el tenor literal de las palabras y concibe al Derecho en forma holística, más allá de las reglas están las razones que subyacen a las normas y la institucionalidad jurídica.

La concepción holística implica que dentro del ordenamiento jurídico pueden coexistir distintos sistemas normativos, que sería necesario tomar en consideración dentro de una respuesta plena con pretensiones de validez. Es decir, muchas respuestas a un problema se encuentran en otros sectores del ordenamiento y hay que

considerar todas las posibilidades ofrecidas por el mismo integrándolo en una unidad de sentido.

La admisión de razones subyacentes implica que para arribar a una respuesta correcta en algunos casos, es necesario trascender el nivel de las reglas y sumergirse en el nivel de las razones o principios implícitos detrás de éstas.

iii) Respuestas morales.

Ante la insuficiencia de las respuestas jurídicas simples y complejas restaría al intérprete acudir a un sistema normativo extrajurídico, usualmente el sistema moral, por el uso que el legislador efectúa de términos y referencias de este ámbito de la razón humana. Aun cuando este tema no es objeto de nuestra investigación, compartimos con Lariguet (2008) que "...habitualmente, cuando los juristas admiten la necesidad de una respuesta moral, tal respuesta suele estar vinculada con invocación de principios de Derecho natural" (p. 366).

Esto es consecuencia del lenguaje utilizado por el legislador al redactar las disposiciones normativas, en el cual se apela a términos morales como la justicia, la igualdad, etc., obligando al intérprete a descubrir sus significados en ese ámbito de la razón práctica. Esta situación, para nada extraordinaria, se presenta en la medida en que la teoría jurídica contemporánea reconoce en el Derecho, un caso particular del razonamiento práctico general.

La apelación del juez a las razones subyacentes de carácter moral contenidas en el ordenamiento jurídico, implica su transformación como mero aplicador de la norma (boca de la ley) a creador de la misma en los casos individuales. Es decir, implica completar vacíos o resolver contradicciones a través de la introducción de una norma particular que resuelve el caso en conflicto. En tal sentido,

La concepción que subyace a la idea según la cual, una vez extinguida la vía jurídica, hay que acudir a respuestas morales externas al derecho, es que el derecho es una forma de discurso práctico que está unido al

discurso moral general. Este tipo de unión es la que subyace a todas aquellas tesis que defienden que el discurso jurídico es un “caso especial” del discurso práctico general (que aquí remite a la moral crítica) (Lariguet, 2008,367-368).

La teoría del caso especial supone que el Derecho se encuentra en una “mejor situación” que la moral para resolver ciertos conflictos prácticos. En efecto, las reglas del discurso moral no definen el procedimiento para resolver los conflictos y conseguir inequívocamente un resultado. En nuestra opinión, el problema no está en la debilidad de estas reglas, sino en la necesidad de encontrar una respuesta efectiva al conflicto, aun cuando se configure como una situación dilemática.

Los autores que defienden la teoría del caso especial y afirman que el Derecho está mejor preparado que la moral para arribar a una respuesta, sólo demuestran que el Derecho sería más útil que el discurso moral para regular la conducta social, pero ello no implicaría que la solución proporcionada por el ordenamiento jurídico sea moralmente aceptable.

En tal sentido, el ordenamiento jurídico puede presentar las mismas inconsistencias del sistema moral y poseer idénticas situaciones de indeterminación normativa que hagan imposible inferir una respuesta correcta. Como señala Lariguet (2008), “...que un caso necesite resolución, y que exista el deber institucional de resolverlo, no dice todavía nada respecto de cuán aceptable sea esta solución. Es un truismo suponer que el discurso jurídico no está aquejado de la misma debilidad que el discurso práctico general. En el Derecho también pueden verificarse “convicciones normativas mutuamente inconsistentes” (p.369).

Afirmar que el sistema jurídico está en mejores condiciones que el sistema moral para derivar respuestas en los casos difíciles y dilemáticos apunta a dos consideraciones bien distintas, a saber: a. que el sistema jurídico no presenta inconsistencias ni incongruencias por lo que está exento de conflictos y lagunas y b.

que su estructura institucional contiene un deber de resolver todos los casos (*non liquet*) y evita la indeterminación de la acción de los agentes morales.

La presencia de lagunas y conflictos en el ámbito del Derecho nos indica que éste posee los mismos problemas de indeterminación del discurso práctico general. Una cosa es estar obligado a dar siempre respuesta por razones institucionales y otra muy distinta que la solución sea correcta y esté determinada ex ante por el sistema. En consecuencia,

...la pretensión de solucionar la indeterminación del discurso práctico general con la institucionalización del discurso jurídico tiene que ser consciente del “límite” del derecho. Incluso frente a ciertos dilemas posibles, disponiendo de una respuesta jurídica compleja, el derecho puede revelarse indeterminado. Cuando esto ocurre, es posible que los juristas hagan un reenvío al discurso práctico general, el cual.....también puede resultar indeterminado. Revelar este problema permite ver que es posible que la respuesta sustancial a un conflicto práctico sea, a veces, como la pelotita de un juego de ping-pong: rebotará del discurso práctico general al discurso jurídico y viceversa (Lariguet, 2008,369-370).

Podemos concluir que la diferencia relevante que existe entre el discurso jurídico y el moral, consiste en el deber de hacer efectiva una solución en el primero. Esta diferenciación no dice nada sobre la posibilidad de que la respuesta se halle indeterminada, por lo que –como veremos- se pone en jaque el deber de los jueces de decidir conforme a la ley en forma jurídicamente fundamentada.

La dimensión institucional del Derecho según la cual siempre se puede inferir una respuesta del sistema, coloca al juez en una situación límite donde carece de posibilidades para adoptar una decisión justificada. Los dilemas agotan los recursos de la racionalidad práctica y no pueden ser “resueltos”motivadamente. Aún si esa posibilidad existiera, tales soluciones involucrarían sacrificios de alternativas

relevantes según muchos autores –véase el capítulo segundo-. Concebir el Derecho como una práctica social compleja aumenta las posibilidades de este discurso práctico de resolver situaciones dilemáticas.

Si bien es cierto que el deber institucional de los jueces es resolver todas las situaciones que se le presenten, esto no coloca al Derecho en una mejor situación respecto a la moral para resolverlas. El deber de decidir no es una condición suficiente para arribar a respuestas justas y justificadas, ya que la respuesta jurídica compleja no siempre resolverá la existencia del dilema, ante dos alternativas exigibles que entren en conflicto por incompatibles.

Se afirma que el sistema jurídico no siempre puede arrojar una respuesta correcta como lo pretende Dworkin (1978), ésta aspiración de la respuesta única correcta es un ejercicio de hiperracionalidad como lo sostiene Elster (1995), en tanto no admita la existencia de límites a la razón práctica.

El juez no es la mera “boca de la ley”. Él y todos los intérpretes del Derecho enfrentan problemas que no son tan simples como para poder resolverlos mediante este esquema mecanicista. Aplicar el Derecho no se reduce a determinar una premisa normativa y una premisa fáctica, sin perjuicio de que éste modelo de razonamiento posea fuerza heurística e implique un método racional para dar cuenta del origen de la decisión final. El silogismo no es un método para tomar decisiones sino un método que explica cómo éstas son adoptadas, de ahí que se predique su carácter heurístico. Compartimos con Delgado Ocampo (2008) que,

Es muy importante precisar que la concepción de la sentencia como silogismo no es un método para adoptar decisiones; es una explicación relativa a la estructura básica de las decisiones adoptadas. Ella permite dar cuenta de la forma lógica de éstas, tanto si se trata de un juez estrictamente sometido al Derecho estricto como de un magistrado que decide sobre la base de la jurisprudencia o, incluso, de un juez que adopta su fallo tomando en cuenta exclusivamente consideraciones de

equidad o elementos vinculados con los intereses sociales en conflicto (p.129).

La mayor dificultad que enfrenta la visión mecanicista de la aplicación del silogismo, es que la justificación de los argumentos jurídicos no puede sostenerse exclusivamente de la dimensión lógica. Si esto fuera posible, los nazis habrían actuado válidamente en los campos de concentración, a partir de la aplicación del derecho vigente en la Alemania de la Segunda Guerra Mundial. Por ello, reducir la sentencia judicial al silogismo judicial promueve una peligrosa relación entre ambos términos. Compartimos con el profesor Delgado Ocando (2008) que,

...bajo el esquema del silogismo, la decisión judicial aparece como el resultado de una mera operación de lógica deductiva, lo cual oscurece la verdadera naturaleza de la actividad del juez, que no es puramente lógica. Pero es necesario decir que estas críticas derivan en buena medida de una creencia errónea: considerar el silogismo como un método para elaborar la decisión del caso o como una filosofía acerca de la naturaleza de la función judicial (p. 131).

Quienes atribuyen a la labor del intérprete una función creativa del Derecho, suelen atribuir al silogismo un valor conceptual que no posee. En efecto, si la norma es deducida por el juez como actividad creadora, es común pensar que el método silogístico justifique el resultado de tal actividad más que explicarla. Para Delgado Ocando (2008),

...el punto débil de tal crítica se encuentra en la confusión entre la estructura de la sentencia y el proceso psicológico mediante el cual ésta es elaborada (p. 131).

La justificación de la conclusión o de la decisión jurídica como argumento deductivo y, en general, como un caso particular de la razón práctica, tiene dos distintos aspectos, a saber: la justificación interna y la justificación externa del argumento (Wróblewski, 1974).

La justificación interna se refiere a la corrección lógica-deductiva del razonamiento. Es decir, que la conclusión se subsuma en las premisas normativas y fácticas del enunciado normativo aplicable al caso concreto. La justificación interna se cumple cuando la conclusión se deduce formalmente en términos lógicos de las premisas.

La justificación externa se refiere a la adecuación de las premisas a la mejor teoría aplicable al caso, a las disposiciones y normas que resulten correctas, adecuadas, ajustadas al ordenamiento jurídico. Esto es, que las premisas de las cuales se deduce la decisión –el argumento- sean las correctas, las adecuadas, para lo cual deben darse razones –las mejores- que justifiquen su selección. En conclusión, como señala Martínez (2010),

Un argumento precisa de los dos elementos (justificación interna y externa) para ser un argumento correcto o justificado (en otras palabras, para ser un buen argumento). Se trata, con todo, de dos aspectos totalmente independientes: un argumento puede ser correcto desde el punto de vista de su justificación interna pero no desde la externa, o viceversa (e igualmente, puede no estar justificado desde ninguna de las dos perspectivas, o estarlo desde ambas) (p. 33).

En los casos fáciles o claros la justificación de la respuesta no plantea problemas de justificación, en la medida en que sus premisas normativas y fácticas no plantean problemas de identificación. En oposición, en los casos difíciles, los problemas que afectan la identificación de las premisas normativas y fácticas, exigen una justificación adicional –no meramente lógica- que hace imposible la aplicación mecánica del silogismo jurídico.

En todos los casos, el juez y el intérprete del Derecho deben inferir deductivamente de la premisa normativa y de los hechos del caso individual, la respuesta aplicable que establece la calificación deóntica de la conducta identificada. Compartimos con el profesor Delgado Ocando (2008), que siempre será posible

distinguir

....en el pronunciamiento final: a) afirmaciones relativas a la norma que fundamenta la decisión; b) afirmaciones relativas a las circunstancias de la controversia; y c) una conclusión que determina lo que debe hacerse en el caso concreto y que deriva de las proposiciones anteriores. Si lo que la crítica busca impugnar es el mecanismo a través del cual se obtiene la solución del caso, entonces en realidad ella no versa sobre el problema lógico sino sobre la concepción del método, pero cualesquiera sean las herramientas que se empleen para dar respuesta a un problema jurídico, necesariamente habrá que ofrecer una conclusión final apoyada en determinadas premisas (p. 132).

En consecuencia, si las críticas al silogismo jurídico se fundan en cualidades que éste no tiene ni pretende tener, no es posible desacreditar su fuerza heurística. Si de lo que se trata, es de dirigir una crítica a la forma en que se justifican externamente las decisiones judiciales y, en general, las interpretaciones jurídicas, entonces no parece correcto atacar el método deductivo, el cual es ajeno a la justificación de las premisas adoptadas en un caso concreto.

El modelo del silogismo judicial es una construcción del formalismo jurídico. Para Atienza (2002), desde el punto de vista de la justificación de las decisiones judiciales es insuficiente, salvo en aquellos casos donde la determinación de las premisas normativas y fácticas sean incontrovertibles (casos fáciles). En tal sentido, la dimensión lógica no resulta suficiente en todos los casos, para dar cuenta de la solución correcta (casos difíciles). No es falso que la teoría clásica del silogismo jurídico forme parte del procedimiento de fundamentación de las sentencias. Sin embargo, es

...insuficiente: la justificación de las decisiones judiciales no es sólo cuestión de lógica (cfr. Atienza 1991). De manera que, cabría concluir, si los jueces siguieran sin más el modelo formalista –que, “en

abstracto”, parecería preferible-, podríamos encontrarnos con decisiones que no satisficieran nuestras expectativas de justicia (Atienza, 1996b,129).

En el mismo sentido de Atienza, encontramos la opinión de Duque (2008). Según este último autor, los criterios de corrección (de convencer) de una sentencia estarían referidos a su justificación lógica y a su coherencia argumentativa. A esta última, no le son aplicables las reglas de la lógica formal o de la subsunción del hecho en el supuesto normativo para aplicar el Derecho. Para Duque (2008) la coherencia lógico deductiva se produce,

...mediante la aplicación del juicio del silogismo de la lógica formal, en el sentido de determinar la coherencia entre la conclusión y las premisas. Se trata del examen de coherencia de la deducción con sus premisas o proposiciones (p. 571).

Sin embargo, Duque (2008) circunscribe la posibilidad de justificación lógico-deductiva exclusivamente a aquellos casos donde las normas estén “estructuradas silogísticamente”, lo que permite

...determinar si la deducción es coherente, por error o no en la construcción del silogismo o en la conclusión o deducción correspondiente a las premisas o proposiciones. Si no resulta errada existe, entonces, incorrección en la aplicación de las reglas lógico-deductivas (p. 571).

Ahora bien, además de la consistencia lógico-deductiva, Duque (2008) advierte que el intérprete debe formar en muchos casos las premisas, pues la norma aplicable no se presenta a priori “silogísticamente estructurada”. Por ello, se requiere también de la coherencia argumentativa respecto de las reglas del discurso,

Se trata de los casos en que la sentencia no deduce lógicamente su conclusión de premisas legales, sino que argumenta para convencer sobre la conclusión a la que llego. No es la argumentación de la lógica

formal sino de la lógica no formal, en la cual el intérprete elabora las bases del fundamento de su decisión que tiene que resultar conforme a Derecho. Son sus razones para explicar las proposiciones que construyó para el caso y para justificar la deducción de la conclusión coherente con esas proposiciones o tópicos (pp. 571-572).

En conclusión, el silogismo es un método heurístico que permite explicar cómo se toman las decisiones en el ámbito del Derecho y, en especial, en la construcción de una sentencia judicial. Sus limitaciones son conceptuales no normativas ni analíticas. La justificación de la mayoría de las interpretaciones jurídicas se deduce de un procedimiento discursivo, donde entra en juego la argumentación junto al proceso lógico deductivo, una vez que son identificadas las premisas normativa y fáctica del argumento. Según Duque (2008),

...el control de la corrección de las sentencias en cualquiera de los casos es un enjuiciamiento de los fallos judiciales, para concluir si resultan o no conformes con el Derecho. Es decir, se pasa de la lógica formal o no formal a lo jurídico. Porque la argumentación de la sentencia debe convencer no sólo de que es lógica y retóricamente correcta, sino también de que lo es jurídicamente (p. 572).

La última afirmación de Duque (2008) en relación a que "...la sentencia debe convencer no sólo de que es lógica y retóricamente correcta, sino también de que lo es jurídicamente", forma parte de las objeciones efectuadas a las teorías del caso especial -defendidas por autores como Alexy-, donde la racionalidad discursiva no da cuenta de la validez del argumento en relación a un determinado sistema jurídico válido, sino en relación a una comunidad de hablantes. Este es el caso de la aplicación del derecho injusto, sobre el cual lamentablemente no podemos detenernos.¹⁷

¹⁷ En efecto, el propio Alexy (2010) reconoce dos aspectos de la pretensión de corrección de las decisiones judiciales. "El primer aspecto se refiere a que decisión se fundamenta correctamente si se parte del Derecho válido, con independencia de cómo se haya creado éste. La fórmula de que las

Como veremos en el próximo capítulo estos problemas de racionalidad judicial, son resueltos acudiendo entre otras alternativas al recurso de la discrecionalidad. Situación que en nada mejora las cosas pues, impide justificar la decisión del juez y la reduce a un acto de voluntad.

3.2.El Principio de Sujeción del Juez a la Ley.

Como hemos indicado los jueces están obligados a dar una respuesta a todos los casos que se le planteen. Este deber sólo expresa uno de los dos sentidos a que hace referencia la expresión de “sometimiento del juez a la ley”. Este deber de dar una solución al conflicto planteado supone que la misma sea justificada a la luz de razonamientos jurídicos aceptables y correctos. La decisión estará justificada cuando se den razones en apoyo a lo que la misma establezca y, estará injustificada cuando esas razones no existan o sólo existan subrepticamente.

Las justificaciones son calificadas como buenas o malas a partir de la fuerza (corrección) de las argumentaciones judiciales. El ideal justificatorio parte de una doble validación: la justificación interna y externa de las decisiones. Como indicamos en el capítulo anterior, una decisión posee justificación interna cuando se estructura en una forma lógicamente válida. De otra parte, decimos que una decisión está justificada en el sentido externo, cuando las premisas normativas y fácticas implicadas en el razonamiento, se encuentran respaldadas por razones plausibles en el marco del sistema normativo. La justificación interna depende de la lógica, mientras que la justificación externa lo hace de la argumentación jurídica. En consecuencia, decimos que una decisión judicial es racional en un doble sentido,

...según el primero son racionales porque las razones tienen una estructura inferencial válida; según el segundo sentido porque las

decisiones jurídicas pretenden ser correctas bajo el presupuesto del orden jurídico válido hay que aclararla por tanto aquí en el sentido de que pretenden ser correctas en el marco del orden jurídico válido. El segundo aspecto se refiere a que el Derecho válido sea racional o justo. Si se toman conjuntamente ambos aspectos, hay que aclarar la recién mencionada fórmula en el sentido de que las decisiones judiciales pretenden ser correctas en cuanto decisiones jurídicas. (p. 453).

razones normativas y factuales que constituyen las premisas de un razonamiento práctico cuentan con el apoyo de razones aceptadas como “correctas”, conforme algún modelo evaluativo de argumentación racional (Lariguet, 2008,209).

El problema que presentan las situaciones dilemáticas es que no permiten al juez justificar su respuesta, pues las alternativas de acción presentadas son igualmente justas o injustas a la luz del ordenamiento jurídico, por el grado de indeterminación normativa que éste posee. Algunos autores –entre los que se inscribe Lariguet– sostienen que ante situaciones dilemáticas se pueden obtener respuestas justificadas, aunque no sea posible calificarlas de respuestas correctas. En el próximo capítulo, intentaremos dar una visión general de las distintas propuestas que existen en torno a la solución de los dilemas. En todo caso, el problema con los dilemas es que la idea de sacrificio como elemento conceptual, supone que las soluciones justificadas no deben sacrificar nada valioso. Según Lariguet (2008),

...este problema no implica abjurar de la búsqueda de soluciones justificadas a los dilemas. La búsqueda... ...es muy problemática y no está acompañada de un procedimiento racional sencillo. El punto es que mientras esta problematicidad es subestimada por posiciones fuertemente racionalistas, la misma resulta exacerbada por posiciones irracionalistas.....la fuente de esta exacerbación se encuentra – paradójicamente– en una versión muy fuerte o extrema de lo que implica justificar racionalmente una respuesta a un dilema que problema práctico. Según esta versión, sólo hay justificación cuando la misma se produce en términos *all things considered*. Pero si esto es “justificar”, no habrá justificación en absoluto no sólo para los dilemas sino para ningún caso. Es este razonamiento el que conduce a las corrientes irracionalistas a defender que los dilemas no pueden resolverse apelando a justificaciones racionales. Pero esto es falso. No

tener una justificación all things considered no implica quedarse sin nada en las manos. En mi opinión la mayoría de las veces, nuestras justificaciones racionales son más locales y relativas a algún sistema normativo (p. 211).

El problema de la posición de Lariguet es que considera que los conflictos pueden existir entre obligaciones prevalentes, lo cual nosotros descartamos desde la perspectiva lógica. Otro problema del argumento es que asume la idea de sacrificio como un elemento necesario y conceptualmente común a todos los dilemas, cuando hemos demostrado en la presente investigación que sólo asume un carácter contingente y, en consecuencia, solucionar un dilema no siempre implica sacrificar algo valioso.

Lariguet (2008), termina extendiendo su idea de justificación racional a los conflictos normativos simples y concluye que la solución a los mismos no sería del todo racional, ya que implican igualmente situaciones de sacrificio. Esto es una consecuencia lógica de haber asumido la idea de sacrificio, como nota definitoria de las situaciones dilemáticas, lo cual impide distinguir entre conflictos normativos simples y situaciones de dilema.

El problema que enfrenta el principio de sujeción del juez a la ley en los casos de dilema puede ser considerado desde tres perspectivas: a. si los jueces están legitimados para resolver todos los casos que se le presentan y b. si en algunos casos los jueces aunestando obligados a decidir no violan algún derecho de una de las partes con su decisión y c. si existen casos donde no es posible justificar la decisión.

Las respuestas a las interrogantes anteriores dependen de la posición política asumida respecto al principio de separación de poderes y a la idea de racionalidad practica y sus límites. En el próximo capítulo, intentaremos ensayar una propuesta de respuesta a todas las preguntas planteadas. Por ahora, no dedicaremos a desarrollar el contenido del principio de sujeción del juez a la ley y sus implicaciones para la función judicial.

3.2.1. Idea regulatoria o exigencia normativa.

Los filósofos del Derecho suelen entender que entre la decisión judicial que exige la ley y su justificación existe una relación conceptual. Sin embargo, el caso de los dilemas morales pone en tela de juicio esa relación, pues la exigencia de resolución judicial no guarda relación alguna con su justificación, al punto que no existe la norma del caso particular antes de dictarse la decisión. En otras palabras, no existe una decisión particular singularmente justificable a la luz de la ley.

La denominada doctrina de la justificación legalista sostiene que las decisiones judiciales son justificadas “*prima facie*” cuando están previstas en normas generales del sistema jurídico, lo que en palabras de Lyons (1998), equivale a que estén exigidas por la ley. El problema de la doctrina legalista es que sólo funciona efectivamente en los denominados casos fáciles, donde la respuesta está determinada y el ordenamiento jurídico no presenta contradicciones, lagunas y, en general, indeterminación semántica o sintáctica, que impida determinar con claridad la respuesta correcta y su justificación. Por ejemplo,

Cuando un tribunal debe decidir un caso que pertenece a un área de la legislación que es discutible, poco clara o indeterminada. No es que no existan reglamentaciones, disposiciones constitucionales ni precedentes judiciales pertinentes, sino más bien que requieren una interpretación más extensa antes de ser utilizados para decidir el caso y que cualquier interpretación que permita decidir el caso de una manera y no de otra debe competir con una interpretación alternativa que lo resolvería de manera diferente. Ninguna de las interpretaciones es indefendible, los argumentos que sustentan las distintas interpretaciones están razonablemente basados en la ley. Así que es posible un desacuerdo razonable entre jueces competentes y abogados con respecto a cómo interpretar y aplicar la ley. Ese desacuerdo puede persistir aun después

de que la decisión haya sido emitida por el tribunal que tiene “la última palabra” sobre ese tema (Lyons, 1998,165).

En el ejemplo hipotético usado por Lyons (1998),ninguna decisión es requerida lógicamente por el sistema jurídico vigente, por lo que no hay manera de establecer la posición vencedora a la luz de la indeterminación normativa. La situación es compleja porque queda en evidencia que la doctrina de la justificación legalista es falsa. En estos casos, podría pensarse que el problema está en que los jueces legislen o en acudir a sistemas externos al Derecho como la moral que también puedenser indeterminados. A la luz de la doctrina legalista –en estos casos- el juez no posee una justificación para su decisión derivada o inferida del sistema jurídico. En consecuencia,

...no toda razón dada como fundamento para decidir un caso de una manera y no de otra puede justificar verdaderamente la decisión. Cuando se da sentado que la ley no requiere una decisión particular, entonces parece más plausible suponer que la decisión puede justificarse sólo demostrando que representa una manera justa de dirimir la disputa jurídica, o que es moralmente defendible en base a otros fundamentos (Lyons, 1998,169).

La idea de justicia (equidad)sería requerida en estos casos para garantizar la seguridad jurídica, ya que los casos iguales deberían ser tratados de igualforma a fin de satisfacer la idea básica del “imperio de la ley”.Este enfoque utilizaría esencialmente consideraciones de tipo moral para justificar las resoluciones judiciales, por lo que no satisface la exigencia de sujecióna la leyymucho menos la doctrina de la justificación legalista. Para Lyons (1998),

...una resolución puede justificarse directamente en base a sus méritos, como una forma justa o moralmente defendible de resolver una disputa legal, teniendo en cuenta los hechos del caso. Esto puede ser cierto aun cuando existan serias objeciones morales con respecto a la decisión,

siempre que esas objeciones tengan menos peso que las consideraciones de la otra parte. Pero aun si la decisión no puede justificarse directamente, en base a sus méritos, puede justificarse indirectamente, en base a factores extrínsecos al caso.....Aun si la decisión no se justifica directamente, puede justificarse apelando a los méritos de las normas que la requieren. Por supuesto, estos posibles fundamentos de la justificación no son mutuamente excluyentes; más bien, se refuerzan mutuamente (p. 173).

Puede haber una justificación para cumplir con las normas del sistema jurídico en general, aun cuando las normas aplicables no se justifiquen en base a sus méritos. Los jueces y los ciudadanos poseen razones para aceptar los criterios de validez de las normas que integran el sistema jurídico y aceptar las pruebas legales establecidas para la existencia de las normas. En tal sentido,

Es bueno que las decisiones judiciales sean predecibles y que contribuyan a confiar en la Ley, y ello sucede cuando se aplican normas conocidas e identificadas de acuerdo con los criterios de reconocimiento comúnmente compartidos y comprendidos”, “es bueno que los jueces se mantengan en el lugar que les asignan el orden constitucional, aplicando leyes establecidas y no creando nueva legislación”, “es bueno que la elaboración de las leyes sea encomendada a los representantes elegidos por el pueblo, y no que sea usurpada por jueces no electos e inamovibles”, “el orden constitucional establecido y aceptado es un sistema equitativo y justo y, en consecuencia, los criterios de reconocimiento de las leyes que instituye son criterios equitativos y justos que deben ser observados”, y así sucesivamente (MacCormick, 1978,63).

De lo expuesto, podemos concluir que en algunas oportunidades la decisión judicial no es justificable ni por sus méritos ni por los méritos de las normas que la

requieren, pero la aplicación específica de esas normas puede ser justificable indirectamente en función de la calidad del sistema en su conjunto. En otras palabras, existe una obligación general de obedecer la ley aun cuando leyes específicas sean moralmente deficientes. Esta obligación es relativa y no implica un deber absoluto sino un *prima facie*, por lo que pueden existir razones adecuadas para desobedecer la ley en algunos casos. En consecuencia, siempre será necesario que el juez argumente y demuestre que se requiere desobedecer la ley en un caso individual, para inaplicarla y acudir a justificaciones morales como fundamento de sus decisiones.

El deber de obedecer la ley siempre contingente y depende de las circunstancias y condiciones de cada sistema normativo. Pueden existir leyes malas y decisiones injustificadas en un sistema jurídico válido, pero también pueden existir leyes buenas y decisiones equitativas en un sistema generalmente malo. Los jueces tienen la obligación de guardar fidelidad a la ley que administran y están obligados a aplicarla tal como fue dictada por el legislador. Esta obligación judicial de fidelidad a la ley es,

...más exigente y más amplia que la obligación general de obedecer la ley que tiene cualquier ciudadano común. Es más exigente, porque el funcionario al aceptar desempeñar una función pública ha asumido la obligación, el compromiso voluntario, de cumplir con la ley y esa obligación debe sumarse a cualquier fundamento que exista respecto de la obligación general de cumplir con la ley que comparten otros miembros de la comunidad. Debido a que es más rigurosa, es plausible pensar que sus implicaciones son más amplias. Un juez puede estar obligado a emitir resoluciones que exige la ley aun cuando esas decisiones puedan no estar justificadas en sí mismas. Sin embargo, al mismo tiempo, es plausible suponer que esa obligación, si bien arraigada, puede ignorarse en casos muy especiales. Pero esta salvedad moderadora es compatible con la idea de que la obligación proporciona

algún grado de justificación para emitir resoluciones exigidas por la ley (Lyons, 1998,183-184).

Este argumento no apoya la doctrina de la justificación legalista sino que excusa al juez que emite decisiones apegadas a la ley, que no pueden justificarse en sí mismas. La justificación basada en el deber general de obedecer la ley, es útil como respuesta al problema que se le plantea al juez en las situaciones de dilema moral, pero no puede proporcionar gran consuelo a quienes son tratados injustamente por decisiones requeridas por el sistema jurídico. El razonamiento de Lyons (1998), se basa en dos aspectos de la obligación judicial de fidelidad a la ley, a saber: i) las condiciones de su adquisición y ii) las limitaciones de su alcance.

- a. En cuanto a las condiciones de adquisición de la obligación de decidir, es necesario acotar que el juez no está obligado a guardar fidelidad incondicional a la ley. Este deber depende de una serie de condiciones personales e institucionales que pueden no cumplirse en algunas oportunidades. La obligación de obedecer la ley, debe ser asumida por el juez en forma libre y consciente. Cuando un juez considera que una ley no es justa a la luz de los principios constitucionales, tiene el deber de inaplicarla y aplicar la Constitución, sin que ésta operación pueda acarrear su destitución u otra sanción semejante como su enjuiciamiento criminal. Lyons (1998), pone un ejemplo muy interesante que ilustra la situación. El caso es el siguiente; “un régimen corrupto desea beneficiarse de la reputación de una jurista respetada, que no está dispuesta a desempeñarse en esa función. Así que arresta a su familia y a otras personas inocentes y los amenaza con torturarlos si ella no acepta el cargo. Si la jurista acepta, no se puede considerar que haya aceptado voluntariamente cumplir con la ley que el régimen le encomienda administrar. Por lo tanto, el hecho de que una persona ocupe un cargo oficial, no se desprende que esté obligada a guardar fidelidad a la ley” (p.184-185).

- b. En cuanto a las limitaciones de las obligaciones judiciales debemos decir que éstas son en alguna medida abiertas. La obligación de fidelidad depende de la ley que el juez debe administrar. Se trata de límites con respecto a lo que la persona (juez) está obligada a hacer, aun cuando nos encontremos en el ámbito de un deber o una obligación funcional. Por ejemplo, Lyons (1998) señala el caso de "...un funcionario subordinado que asume la obligación abierta de cumplir las órdenes de su superior y supóngase que este le ordena que acepte compartir sobornos. Cabe suponer que éstas son órdenes ilegales. En ese caso, la obligación de cumplir las órdenes del superior, simplemente, no se aplicaría. Esto es análogo al caso del juez que se niega a aplicar una reglamentación que no ha sido promulgada adecuadamente y, en consecuencia, carece de fuerza legal" (p.185).

El deber de obediencia del juez a la ley es relativo y opera como un principio normativo que está sujeto a excepción. Cuando se desobedece la ley y se apela a razones morales para justificar las decisiones judiciales, el juez actúa de esa manera porque las condiciones que justifican su deber de obediencia no están presentes o, el caso cae fuera de los límites del mismo.

Creemos que estas condiciones no son otras que: a. el origen democrático de la legislación, b. la garantía a los derechos fundamentales y, c. la independencia judicial. De una parte, el carácter plural y deliberativo de la ley asegura en buena medida su apego a los valores de libertad e igualdad. De otra, lo que denominamos límites de la obligación de obediencia a la ley, están determinados en las normas que explícita o implícitamente establecen los derechos fundamentales en la Constitución, las cuales operan como límites objetivos a las mayorías parlamentarias circunstanciales y a los eventuales intentos del legislador de imponer una visión unidimensional de la realidad política.

Finalmente, la independencia judicial y la imparcialidad del juez, sólo se logran en la medida en que los sistemas de ingreso, ascenso y evaluación de estos

funcionarios sean transparentes y ajenos a criterios de valoración política. En particular, la independencia del Poder Judicial implica ciertas interdicciones a las libertades ciudadanas de los jueces asociadas a: su libertad de asociación, su libertad de empresa e, incluso, su libertad de expresión.

3.2.2. Contenido.

La sujeción del juez a la ley es un deber al que están sometidos todos los órganos judiciales, según el cual los jueces deben actuar como boca de la Ley. Ahora bien, además de representar un deber general de sujeción es una garantía ciudadana al valor superior de la seguridad jurídica que salvaguarda la certeza de los derechos fundamentales y su estabilidad. A partir de esta concepción, abordaremos el contenido del principio de sujeción del juez a la ley, tomando como referencia fundamental una reciente investigación del jurista mexicano Javier Ezquiaga Ganuzas (2003).

Como garantía, el principio de sujeción del juez a la ley repercute no sólo en el ámbito de los particulares, sino en la esfera de actuación de los Poderes Públicos y, particularmente, en la actividad jurisdiccional de los jueces. La sujeción del juez a la ley es para los ciudadanos garantía de sus derechos y de la previsibilidad de las consecuencias que se derivan de los mismos. Para los jueces, es garantía de su independencia porque les permite aparecer como “la boca de la ley”, aplicando un poder neutro que actualiza acríticamente las normas creadas por los órganos legislativos.

Así las cosas, el principio de sujeción del juez a la ley puede ser analizado desde su contenido objetivo –como deber de los jueces en el marco del principio de separación de poderes- y, desde su perspectiva subjetiva –como garantía a la seguridad jurídica del destinatario de la interpretación judicial-. En la presente sección, abordaremos la versión objetiva del principio y dejaremos para la sección siguiente su expresión subjetiva.

Desde el punto de vista objetivo el deber de sujeción del juez a la ley está compuesto por los elementos siguientes: i) Toda decisión judicial debe estar fundada en normas jurídicas procedentes de alguna fuente del Derecho autorizada; ii) Toda decisión judicial debe estar motivada; iii) El juez no está autorizado a crear normas jurídicas; iv) Se presume el conocimiento de la ley por parte del juez; v) El juez no puede rechazar la aplicación de una ley y vi) La no vinculación a los precedentes jurisprudenciales. Todos estos elementos resumen el conjunto de reglas a las que se somete el juez en su labor de aplicación del Derecho, en el marco del principio de sujeción a la ley.

Veamos en que consiste cada una de estas obligaciones específicas que componen el principio de sujeción del juez a la ley.

a. Toda decisión judicial debe estar fundada en normas.

Esta obligación se concreta en el deber de los jueces de inferir lo decidido en la sentencia de alguna disposición normativa que sirva de fundamento a la misma. Esto fue analizado antes bajo la denominada “doctrina legalista de la fundamentación” de las decisiones judiciales. Como señala Ezquiaga (2003), el debate sobre el alcance de esta obligación judicial se centra en el problema del tránsito de la fuente normativa (enunciado lingüístico) a la norma aplicada.

Es decir, un mismo enunciado normativo puede dar lugar a varias normas a partir de distintas interpretaciones, por lo que el sistema jurídico está compuesto tanto de normas expresas como de normas implícitas. Este concepto, será estudiado en el capítulo siguiente, cuando analicemos la posición de Francisco Laporta (2007). Ahora nos interesa destacar que la expresión "norma implícita" tiene al menos en tres sentidos:

- a) En primer lugar, como normas derivadas de las normas expresas o explícitas. Si éstas últimas son las imputables a una específica disposición como su significado según una concreta interpretación, las

normas implícitas serían sus consecuencias lógicas. Un sistema normativo estaría integrado, según la ya clásica noción de Alchourrón y Bulygin, por tanto, también por todas las consecuencias lógicas de las normas que lo componen.

b) En segundo lugar, suele utilizarse la expresión norma implícita para referirse a las normas inexpressas, es decir, las que no pueden ser reconocidas como el significado de una precisa disposición redactada por una autoridad normativa, sino de una combinación de disposiciones (o partes de disposiciones).

c) En tercer lugar, se habla de normas implícitas, que para diferenciarlas de las "derivadas" y de las "inexpressas" podrían denominarse "normas implícitas en sentido estricto", para referirse a las proporcionadas por los diferentes instrumentos para la solución de lagunas normativas (Ezquiaga, 2003, 41-42).

Cuando las normas implícitas son entendidas como consecuencias lógicas de las normas expresas no se diferencian de éstas y el juez puede acudir a ellas como parte de su deber de fundamentación de la sentencia. En este caso, el juez no viola el deber de sujeción a la ley, ya que no crea una disposición no prevista en la ley. Esto no puede afirmarse si la norma implícita no es una consecuencia lógica de una expresa.

La creación no legislativa de una norma jurídica se produce cuando el contenido de ésta es distinto al de cualquier otra norma del mismo sistema jurídico o al de sus consecuencias lógicas. En este último caso, el juez actúa en violación del principio de sujeción a la ley, ya que no se sujeta a ella sino que la crea *ex nihilo*. Siendo que las situaciones dilemáticas se derivan de una indeterminación normativa del sistema, el juez no tiene en el Derecho la solución del caso concreto por lo que debe crearla norma y violentar su deber de sujeción a la ley. En efecto,

...las normas que sirven para solucionar las lagunas normativas debe reconocerse que son normas "creadas" por el intérprete, que no existían antes de la actividad de éste: tanto la analogía, como los principios jurídicos, el argumento a fortiori o el a contrario, dan lugar a la producción de normas jurídicas nuevas que regulan casos genéricos cuya solución normativa no se encontraba prevista (Ezquiaga, 2003,43).

La conexión de las normas implícitas con las disposiciones expresas en casos de laguna normativa, permite diferenciar la función legislativa y la función jurisdiccional, pues las normas creadas por el juez exigen el apoyo de una disposición elaborada por una autoridad normativa. No obstante, ésta distinción no resuelve el problema, ya que en la práctica el juez crea el Derecho e incumple su deber de sujeción a la ley.

b. La motivación de las decisiones.

Se suele afirmar desde la doctrina legalista de la fundamentación (Lyons, 1998), que la mención de alguna disposición normativa es un requisito necesario para que las resoluciones judiciales puedan considerarse motivadas. No obstante, hemos demostrado que en algunas ocasiones esto no es un requisito suficiente. Cuando nos referimos a la motivación de la decisión judicial aludimos al deber del juez de argumentar el tránsito de la disposición normativa a la norma jurídica. Ello, sin perjuicio de la justificación o motivación de los hechos a la que ahora no estamos aludiendo.

El deber de motivar se refiere a la obligación de expresar en la decisión el razonamiento interpretativo llevado a cabo por el juez, para determinar el significado otorgado a la disposición o disposiciones utilizadas. La justificación implica hacer públicas las razones de la sentencia. Motivar no significa explicar una decisión en base a los motivos que llevaron a dictarla, sino justificar la decisión sobre la base de unas razones. Para Laporta (2007),

En el primer caso, es la pura explicación, estamos situados en lo que los filósofos de la ciencia llaman “contexto de descubrimiento”. El contexto de descubrimiento es el conjunto de circunstancias que rodean el hallazgo científico o la toma de la decisión y viven, por así decirlo, en el reino de la causalidad (azar, mala digestión, presión de los medios, convicciones personales del juez, estado psicológico, etc.). Pero cuando lo que perseguimos es “justificar” un descubrimiento científico o una decisión judicial, y no sólo explicarlos a partir de los ingredientes causales que lo han producido, hemos de salir de ese reino y situarnos en el llamado “contexto de justificación”. El contexto de justificación es el conjunto de premisas y argumentos a partir de los que puede inferirse racionalmente el contenido del fallo o decisión. Es muy frecuente que se desconozcan o no se tome en cuenta esta distinción (p.194-195).

En la mayoría de los casos, los jueces no encuentran mayores retos en la interpretación de las normas (casos fáciles), pero en algunas oportunidades –no siempre poco comunes-, los jueces deben enfrentar problemas de ambigüedad, vaguedad o indeterminación del lenguaje que los obliga a justificar y razonar sus conclusiones (casos difíciles).

Justamente en estos casos difíciles es donde se requiere un mayor esfuerzo interpretativo, que exige la justificación de los argumentos adoptados en la decisión para considerarla suficientemente motivada. En los dilemas morales, la sentencia sufrirá una inmotivación permanente e indefectible, en la medida en que la indeterminación normativa del sistema, conduzca a una ausencia de argumentos y razones que impidan al juez justificar la decisión. Esta inmotivación la podríamos denominar como “inmotivación radical”.

c. El juez no está autorizado a crear normas.

El contenido propio de la función judicial es la aplicación de las normas jurídicas creadas con antelación por los órganos legislativos. Este deber de interdicción de creación de normas por parte del juez, es sin duda la obligación principal y más importante del deber de sujeción de este. En tal sentido, son varios los problemas que se enfrentan ante la ausencia de normas expresas para resolver un caso individual.

La aparición de lagunas es un problema importante en relación con el deber judicial de sujeción a la ley, ya que supone la obligación de utilizar los textos producidos por las autoridades competentes para obtener las normas con las que justificar jurídicamente sus sentencias.

Este problema se conecta directamente con nuestra investigación sobre los dilemas morales, ya que en ambos casos –lagunas y dilemas–, los jueces deben satisfacer su deber de vinculación a la ley con otros elementos distintos a la inferencia lógico deductiva. En otras palabras, ¿cómo puede el juez "atenerse" al sistema de las fuentes del Derecho, cuando éste no proporciona disposición alguna que contemple el supuesto planteado? La respuesta sólo parece ser una, a saber, que es difícil afirmar que la decisión ha sido adoptada con sujeción a la ley.

d. Presunción del conocimiento del Derecho.

El principio según el cual el juez conoce el Derecho o *iura novit curia* es un prerequisite del deber de sujeción a la ley, pues obviamente implica el conocimiento del Derecho a aplicar. No obstante, analíticamente hablando, el principio de *iura novit curia* posee a tres sentidos con distinto alcance:

- i. La presunción de conocimiento judicial del Derecho, que es un corolario lógico del criterio técnico de selección de los jueces;

- ii. Los conocimientos jurídicos efectivos de un concreto juez o incluso de todo un sistema judicial, que dependerá en buena medida de los mecanismos de formación; y,
- iii. La posibilidad real de que el Derecho pueda ser objeto de conocimiento.

En relación con el ultimo sentido aludido aun cuando el juez pueda acceder al contenido de los textos legales (en principio garantizada por su publicación en los diarios oficiales), el “conocer” su contenido siempre dependerá de la interpretación y aplicación que de ellos se haga en el caso concreto, con lo que la referida presunción es una mera condición contingente.

e. Imposibilidad de rechazo de la aplicación de la ley por el juez.

El reverso del deber de aplicación de la ley es la prohibición de rechazar su aplicación cuando ésta contemple el caso a resolver. Este deber no es incondicional y depende de ciertas circunstancias del sistema normativo (Lyons, 1998). Sólo a título de repaso de lo ya analizado, reiteramos que la sujeción del juez a la ley impone un deber condicionado a la aplicación de las leyes que sean conformes materialmente con los valores y principios constitucionales y no sólo conformes con las reglas formales del sistema de fuentes del ordenamiento jurídico. En tal sentido,

“...en cualquier sistema jurídico pueden encontrarse un cierto número de disposiciones promulgadas y publicadas pero que son inaplicables por el juez, es decir que no pueden ser utilizadas para obtener normas jurídicas válidas. De entre ellas pueden destacarse las disposiciones derogadas (con problemas especialmente relevantes cuando se trata de derogaciones tácitas), las disposiciones declaradas inconstitucionales (particularmente cuando el órgano de control de la constitucionalidad formula una "sentencia interpretativa"), y otros supuestos de suspensión individual o colectiva de derechos constitucionales” (Ezquiza, 2003,46).

f. No vinculación al precedente.

Uno de los presupuestos conceptuales de los ordenamientos jurídicos que adoptan la tradición romano-germánica, es la no vinculación a los precedentes jurisprudenciales. Aun cuando en la actualidad, la mayoría de los sistemas jurídicos que poseen sistemas de control concentrado de constitucionalidad tienden a establecer la figura del precedente obligatorio –el caso del artículo 335 de la CRBV es emblemático-, es importante destacar que la vinculación de este presupuesto al principio de sujeción del juez a la ley, se refiere a la necesidad de que el juez decida imparcialmente la controversia. En efecto,

La pretensión, por tanto, de la sujeción del juez a la ley sería poder juzgar o valorar en cada caso la corrección o incorrección de la decisión judicial por comparación con el criterio legislativo: confrontando la norma jurídica aplicada por el juez con la expresada por el legislador se establecería la sujeción del juez a la ley (Ezquiaga, 2003,46-47).

La técnica del precedente obligatorio pretende establecer límites a la función judicial para que no invada el ámbito propio de la función legislativa. El precedente pretende controlar el contenido de la decisión para asegurar que ésta se adopte conforme al criterio del legislador, a partir de una interpretación firme en el tiempo que un tribunal superior impone a los de instancia inferior.

3.3.La vinculación del juez a la ley como garantía ciudadana.

La vinculación del juez a la Ley desde la perspectiva subjetiva se expresa en garantía a la seguridad jurídica de los destinatarios de las normas, pues los órganos judiciales son los encargados, en última instancia, de declarar el contenido y alcance de las disposiciones normativas dictadas por los órganos legislativos. Para que la norma jurídica aplicada en una decisión judicial sea previsible es necesaria la

conurrencia simultánea de dos requisitos, a saber: i) que sea posible conocer lo que la ley dice; y ii) que el juez se sujete a la misma.

Cuando es posible conocer lo que dice la ley, es posible determinar si el juez se sujetó o no a lo establecido por la misma. Cuando no es posible conocer el contenido de las disposiciones normativas, no es posible determinar si el juez se ha sujetado o no a la ley.

Si partimos una vez más de la distinción entre casos fáciles y casos difíciles – según lo establecimos antes-, en los últimos es complicada la posición del juez en cuanto a satisfacer la versión garantista de la vinculación a la ley, pues estos casos pueden ser resueltos de modo diverso dependiendo de las valoraciones del juez, lo que impide prever la decisión judicial.

En los sistemas jurídicos donde no hay vinculación obligatoria a los precedentes, el juez podrá adoptar la decisión que considere más justa, lo cual no garantiza que los órganos superiores compartan sus justificaciones y razones para decidir. Esto deriva en la inestabilidad de las interpretaciones aun cuando, en la práctica, las decisiones de los Tribunales Superiores y Supremos operan como precedentes no vinculantes para los inferiores. En este sentido, “...conocer el Derecho implicaría, en buena medida, conocer las decisiones de los órganos jurisdiccionales que resuelven en última instancia los recursos, y la certeza del Derecho requeriría poder prever esas mismas decisiones (o mejor, las normas jurídicas aplicadas en ellas)” (Ezquiaga, 2003,48-49).

No obstante, ésta solución no está exenta de problemas como los planteados por: i) los casos nuevos donde la decisión judicial será imprevisible; ii) las situaciones de laguna en el Derecho cuando no existan decisiones de los tribunales superiores; iii) las situaciones donde los tribunales superiores no hayan establecido una jurisprudencia clara y estable y iv) los casos de cambio jurisprudencial.

3.4.El imperialismo de la moral y sus consecuencias en la función judicial.

Una versión del constitucionalismo contemporáneo también denominada neoconstitucionalismo, propone un modelo teórico para la interpretación y descripción del Derecho, que niega la tesis iuspositivista de la separación conceptual entre Derecho y moral y propone un modelo axiológico-normativo que sirve de fundamento al Derecho positivo que debe ser dictado. Como señala Pozzolo (2009) ese modelo normativo,

...individualizaría el ideal jurídico en el desarrollo de los derechos fundamentales, de acuerdo con una línea que el neoconstitucionalismo parece entender como ya trazada o immanente en el mismo contenido de tales derechos, como si tal dirección evolutiva pudiera ser recabada de una mera deducción del texto constitucional, de la formulación textual de los derechos mismos (p.188).

El fundamento de este modelo parte de la transformación sufrida por Estado de Derecho desde un Estado legalista a uno constitucional. Como señalamos antes, la constitucionalización del ordenamiento jurídico presenta, entre otras importantes características, la subordinación de la ley a la Constitución, a partir de los criterios de validez formales y materiales contenidos en la misma. Esta transformación del Derecho, como un objeto en conexión con el mundo de la moral (a partir de los principios y valores previstos en la Constitución), haría para los neoconstitucionalistas inadecuado el método iuspositivista, en la medida que se revela incapaz de dar cuenta de esta nueva realidad. En opinión de Pozzolo (2009),

Distintas serían las razones para la “superación” de la metodología iuspositivista. Quizá una de las más relevantes se refiere a la noción de validez jurídica que aquélla presupondría: la que se entiende como estricta o exclusivamente formal, que se revelaría inadecuada para ser empleada por el Derecho del Estado constitucional, cuyas normas serían

válidas, antes que nada, por satisfacer criterios materiales, o sea, por su contenido (p. 190).

Ahora, las normas serían “razones para la acción” y el sistema jurídico debe poseer un contenido moralmente correcto si aspira ser considerado como Derecho. La noción del Derecho positivo defendida por iuspositivismo sería inadecuada por carecer de conexión con los referidos contenidos morales que ahora son parte del Derecho en el Estado Constitucional. Un sistema basado en la validez formal de las normas, cuya vigencia descansa únicamente en la idea de autoridad como fundamento de la obediencia a las mismas, no daría a los destinatarios razones válidas para la acción y, a lo sumo, su obediencia se basaría en razones meramente prudenciales como el temor a la sanción.

Las constituciones contemporáneas poseen una fuerza expansiva que proyecta toda una serie de valores, que la convierten en una norma no sólo formalmente superior sino materialmente distinta del Derecho infraconstitucional. La Constitución sería un valor en sí misma para el resto del ordenamiento del Estado. El Derecho del Estado constitucional estaría formado por principios de justicia sustancial y no meramente formal. Esta circunstancia afectaría gravemente el principio de vinculación del juez a la ley, tal y como fuera formulado en el ideario liberal (dentro del principio de separación de poderes), pues éste Derecho por principios no sería aplicado por exclusiva inferencia lógico-deductiva, su carácter dúctil (Zagrebelsky, 1997) o elástico exige una técnica ponderativa que conecta la aplicación de la ley con la razón práctica.

La ponderación de principios y valores en juego permitiría dar cuenta de las exigencias de justicia en cada caso. La nueva metodología neoconstitucional generará entonces una permanente tensión entre la legalidad y la justicia material, con importantes consecuencias en el funcionamiento del Poder Judicial (protagonismo político del juez). Ahora el juez abandona “...el papel de “legislador negativo”, se transforma en “legislador concurrente” y, con una actividad extensa y

penetrante, se empuja a remodelar la ley sobre los contenidos de la Constitución, formulando así, al mismo tiempo, la “Constitución-norma”, o sea, la específica concepción (elegida de entre las contenidas en el texto) del significado de las normas constitucionales, que se afirma positivamente en el Derecho concreto (Pozzolo, 2009,193).

En este marco de ideas la ley adopta un carácter residual frente a la Constitución, perdiendo así su carácter de libre expresión del poder político y convirtiéndose en un instrumento de concretización de los principios y valores constitucionales. El juez asume el rol de intérprete de esos valores en un plano de igualdad con el poder legislativo. Este fenómeno de la constitucionalización supone que la vinculación del juez no es ya exclusivamente a la ley, sino principal y prevalentemente a los principios y valores constitucionales. La metodología neoconstitucional somete al juez al imperio de la moral constitucional, por lo que es un intérprete de esa normatividad.

Esta particular conexión entre Derecho y moral que propone la constitucionalización de los ordenamientos jurídicos contemporáneos, implica identificar el alcance que se pretende dar al término “moral”. Según Pozzolo (2009), podemos distinguir cuatro usos en la apelación a la moral por parte del juez, a saber: i) como moral individual, ii) como moral positiva, iii) como moral concertada y iv) como moral objetiva o universal. Salvo esta última clase, que se caracteriza por ser independiente del desarrollo social, del debate intersubjetivo y por lo tanto no reductible a hechos, todas las demás formas de la moral pueden ser reconstruidas a través de la metodología de las ciencias sociales, por cuanto se refieren a hechos constatables dentro de una sociedad determinada. El uso de la moral por parte del juez, debe evitar la subjetividad de las creencias de un grupo o de una época determinada. De lo contrario, sería inevitable sucumbir a la tiranía de los valores y renunciar a la idea de racionalidad (objetividad), implícito en el principio de imperio

de la ley. Permítasenos transcribir en extenso la siguiente cita del trabajo de Pozzolo (2009),

En un primer sentido, el término “moral”, que convengo en llamar individual, indica el conjunto de principios referidos al comportamiento humano en relación a la idea que cada uno tiene de lo que está bien y de lo que está mal. La moral individual es históricamente determinada y contingente, puede ser reconducida a hechos y como tal descrita en términos valorativamente neutrales. Por otro lado, se puede dudar de la posibilidad de configurar una moral puramente individual, de la misma forma en que se puede dudar de la posibilidad de observar privadamente una regla.

En segundo sentido, el término “moral”, que convengo en llamar (y que comúnmente se llama) positiva, indica un conjunto de principios referidos al comportamiento humano en relación a la idea, y a la consiguiente práctica efectiva, que un determinado grupo social tienen del bien y del mal. La moral positiva, como la individual, es contingente e históricamente determinada: está intrínsecamente conectada con una situación social dada, puede ser reconducida a hechos descriptibles en modo valorativamente neutral con las metodologías de las ciencias sociales.

En un tercer sentido, el término “moral”, que convengo en llamar concertada, hace referencia a un conjunto de principios referidos al comportamiento humano, elaborada a través de un debate intersubjetivo conducido según reglas predeterminadas, en relación a la idea que los participantes en el debate tienen del bien y del mal. Este tipo de moral podría ser ejemplificada haciendo referencia a las innumerables normas éticas extraíbles de las declaraciones de derechos humanos que se hayan creado por acuerdo internacional.

En un cuarto sentido, el término “moral” indica un “objeto” totalmente diferente de los precedentes que convengo en llamar universal (o bien que se podría llamar también objetiva). Ésta difiere profundamente de las otras y consiste en un conjunto de principios referidos al comportamiento humano justo en sí mismos, sin alguna relación con lo que los seres humanos creen que sea el bien y el mal. La moral universal indicaría lo que es justo y lo que es equivocado en un sentido a-histórico y a-espacial. Sería independiente del desarrollo social y de cualquier debate intersubjetivo. No sería reducible a hechos y analizable con las metodologías de las ciencias sociales. En sustancia, sería puro valor (p.196-197).

Detrás de esta precisión, se esconde el problema de ¿cómo determinar la clase de moral que debe considerar el juez en su función jurisdiccional? Si el neoconstitucionalismo aspira ser una doctrina de los límites del poder y una teoría del Derecho distinta al positivismo, se trataría de la moral universal.

Si se admite que la argumentación moral es necesaria pero inconcluyente, la solución de muchos casos dependerá únicamente de las convicciones morales del juez, lo que pondría en tela de juicio el principio de la sujeción a la ley. Esta conclusión, tan ajena al ideal regulativo del imperio de la ley, no admitiría que el juez apele a convenciones sociales ni a convicciones compartidas de la comunidad, pues la justificación judicial quedaría reducida a un mandato de aplicación de pautas sociales existentes. Por este motivo, la apelación del juez al discurso moral debe aspirar la objetividad de su razonamiento, lo cual supone afirmar que la argumentación en materia moral es racionalmente controlable y que puede alcanzar conclusiones plausibles y compartidas por una audiencia racional.

Pozzolo (2009), desarrolla una categoría conceptual que permite operacionalizar esta distinción entre la moral subjetiva y universal en el proceso de

aplicación judicial del Derecho, a partir de la distinción de las nociones de “individualización del Derecho” e “individualización del contenido de Derecho”.

La individualización del Derecho consistiría en la identificación de los principios y valores constitucionales a los efectos de determinar su existencia en el texto constitucional y precisar las posibles visiones o ideas de los mismos. En éste sentido, dado que admitimos que los principios y valores son objetos positivizados por la Constitución, no hay colisión alguna con la metodología iuspositivista. Es decir, el juez debe identificar el principio y su vigencia en el ordenamiento jurídico.

La individualización del contenido del Derecho consistiría en la particularización no de la existencia de los principios y valores sino de su contenido. En ésta etapa de la aplicación de las normas el juez debe elegir, a partir del razonamiento práctico y, no sólo desde la inferencia lógico-deductiva, los diversos contenidos posibles de los principios y valores constitucionales. Es justamente en ésta etapa donde el método positivista podría resultar insuficiente y donde el juez no sólo decidiría con sujeción a la Ley, sino igualmente a la mejor teoría moral subyacente a las normas positivas, sin subyugar al imperialismo de la moral. En consecuencia,

...no se puede entender como jurídicamente justificada (en el Estado de Derecho y ni siquiera en el Estado constitucional) ninguna decisión que lo fuera sobre la única base del argumento de la corrección moral, sin alguna relación con el dictado positivo del Derecho, es decir, la idea de corrección además de ser contingente, está subordinada a la positivación del principio moral cuya específica concepción se entiende como correcta y es adoptada en la decisión (Pozzolo, 2009, 209)

CAPITULO IV

LAS RESPUESTAS DEL JUEZ ANTE LOS DILEMAS.

El presente capítulo se divide en dos partes. La primera, aborda lo que podríamos denominar las estrategias que la Filosofía y Teoría del Derecho, utilizan frente al problema de la respuesta del juez en las situaciones de indeterminación normativa y de dilema moral. La segunda, está dedicada a presentar las principales propuestas de respuesta disponibles por los jueces, en aplicación de las estrategias de solución analizadas en la primera parte.

Nos referimos a la indeterminación normativa como situación de género, toda vez que nuestra noción de dilema moral termina por describir este tipo de conflictos normativos, desde la perspectiva de la ausencia de criterios y procedimientos para su solución, que desembocan en una indeterminación normativa radical para el agente moral.

Las estrategias parten de tres perspectivas sobre la posibilidad de respuesta a los dilemas. La primera perspectiva asume la discrecionalidad judicial como telón de fondo que permite al juez tomar una decisión ante casos dilemáticos. La segunda propone la reconstrucción del sistema jurídico, a partir del establecimiento de las denominadas cláusulas de cierre, a fin de garantizar la completitud y consistencia del mismo y diluir así los problemas de lagunas en el derecho. La última estrategia apela a ciertos elementos subyacentes a las normas jurídicas (principios, valores, historia institucional, etc.) y sostiene que los sistemas jurídicos siempre establecen una respuesta única correcta en cada caso, por lo que el problema de la indeterminación es aparente, tras efectuar una tarea de descubrimiento de los principios aplicables al caso individual.

De las tres estrategias se derivan una serie de consecuencias a nivel normativo y conceptual que limitan el alcance del ideal de sujeción del juez a la Ley y, en

algunos casos, comprometen su vigencia como prescripción normativa (según los analizamos en el capítulo anterior).

Destacamos entre las propuestas teóricas de respuesta más importantes las aportaciones de Fernando Atria y Juan Ruiz Manero; Carlos Alchourrón y Eugenio Bulygin; David Martínez-Zorrilla; Guillermo Lariguet; Francisco Laporta y Duncan Kennedy.

En algunos casos, los autores analizados se refieren a las situaciones de indeterminación normativa derivadas de las lagunas en el Derecho, sin embargo, fueron incluidos dentro de esta parte de la investigación, porque sus postulados teóricos en relación a las situaciones de indeterminación son coincidentes con la noción de dilema moral que hemos adoptado. De manera que, sus argumentos y consideraciones nos resultan igualmente aplicables en el ámbito de las situaciones dilemáticas.

Todos los autores analizados pueden ser fácilmente adscritos a alguna de las estrategias de respuesta examinadas, de manera que ellas representan un mapa teórico de las principales propuestas de solución a los dilemas. Nuestro aporte, está representado por la posibilidad de enmarcarlas dentro de alguna de las estrategias presentadas.

4.1.Respuestas fundadas en la tesis de la discrecionalidad judicial.

4.1.1. Contenido.

No referimos a la discrecionalidad judicial cuando un juez está dotado de la autoridad para decidir un caso eligiendo con libertad entre varias alternativas dadas. Ésta potestad puede ser explícita, si las normas del sistema atribuyen en forma textual la competencia a ese juez o, implícita, si es considerada conceptualmente parte de los requisitos del deber de juzgar, según el cual no puede denegarse la justicia. En el primer caso, se habla de un supuesto de legislación delegada y, en el segundo, de un

requisito conceptual de la función judicial. Nuestro problema se centra en la discreción implícita, cuando “...el órgano judicial debe elegir entre diversos cursos de acción sin que haya sido facultado de forma expresa para realizar tal acto de elección” (Iglesias 1999, 29-30).

Los principales casos de ésta discreción implícita están representados en la idea de lagunas del Derecho. Como hemos afirmado, el sistema jurídico no es completo y prueba de ello es nuestra noción de dilema moral, la cual supone una indeterminación normativa que se asemeja en sus efectos judiciales a la idea de laguna en el Derecho. Como señala Laporta (2007), hay discrecionalidad implícita cuando,

...el sistema no provee de una solución, de forma tal que una conducta puede estar, por ejemplo, permitida o prohibida, y el juez no tiene una pauta normativa para elegir entre ambas alternativas... El juez debe fallar motivando su decisión conforme a los materiales normativos que le ofrece el ordenamiento, pero el ordenamiento no le ofrece esos materiales (p.208).

Desde la controversia doctrinal entre Hart (1961) y Dworkin(1978) se suelen distinguir dos formas de discreción judicial, la denominada discreción fuerte y la discreción débil. La primera hace referencia a la creación *ex nihilo* del Derecho por parte del juez y, la segunda, a la idea de buen juicio, sensatez y capacidad de reflexión de juzgador. La idea de discreción en el sentido débil pretende ser compatible con la idea de plenitud y de “única respuesta correcta” del ordenamiento jurídico. Considerar que el sistema jurídico es completo y posee siempre una respuesta en todos los casos, no significa que la respuesta sea obvia o se deduzca de una inferencia lógico-deductiva.

Cuando se afirma que la discreción judicial conduce a la creación del Derecho es necesario analíticamente determinar el sentido de esta expresión, pues en un sentido fuerte, denota la producción o generación de algo *ex nihilo*, pero igualmente,

en un sentido débil, a la transformación de un Derecho preexistente mediante la interpretación y la argumentación.

Cuando hablamos de discreción judicial debemos destacar que el sentido problemático de esta expresión, sólo adquiere sentido en el marco del establecimiento de las “fuentes del derecho”, pues el catálogo de fuentes es el criterio de identificación del material jurídico preexistente y sólo puede hablarse de la actividad de crear Derecho en contraposición a la actividad de aplicarlo.

Laporta (2007), señala que es necesario distinguir el uso dado a la expresión “discreción judicial”, pues la misma puede ser usada al menos en tres sentidos:

- a. Como una afirmación descriptiva o un juicio descriptivo sobre la realidad judicial, sobre lo que sucede en un determinado país, en un determinado tiempo, en un determinado distrito o en un determinado orden jurisdiccional.
- b. Como una afirmación prescriptiva o un juicio evaluativo: si los jueces “deben” o “deberían” (o no deben o no deberían) crear Derecho, si es bueno que lo hagan o no lo es, etc. Unos pueden tener la preferencia de que los jueces no creen Derecho ex nihilo. Otros pensarán lo contrario: que es bueno que lo hagan. Ambos tendrían que aportar para apoyarlo razones valorativas y sortear objeciones de esa misma naturaleza.
- c. Como una afirmación conceptual. Aquí “los jueces crean derecho” indicaría que dada la concepción que tenemos de la actividad judicial y de las pautas que la gobiernan es conceptualmente necesario, y por tanto empíricamente inevitable, que el juez, al desarrollar esa actividad, cree Derecho. Me parece indudable que el sentido más importante es este. Entre otras razones porque si llegamos a la conclusión de que los jueces crean Derecho en ese sentido, es decir, necesariamente dados los ingredientes y circunstancias que configuran su actividad de juzgar, entonces los otros dos problemas desaparecen (p. 211).

Aunque algunos autores sostienen una radical separación entre aplicación y creación del Derecho en lo que respecta a la sentencia judicial, el iuspositivismo kelseniano piensa que el juez siempre crea una norma individual y, en consecuencia, la sentencia tiene un carácter constitutivo. En la misma tradición, Hart (1961) afirma que “...en el espacio intersticial que generan las zonas de penumbra y la textura abierta del lenguaje jurídico, los tribunales actúan discrecionalmente” (pp. 155-169). El problema es dónde situarse en esa línea continua que va desde la pura aplicación mecánica a través de métodos deductivos de enunciados jurídicos claros y la pura creación incondicionada de normas jurídicas a través de actos de aplicación perfectamente independientes de cualquier pauta previa. Optar por ese punto medio es el problema que hay que resolver. La idea de que el juez crea la norma general que aplica al caso concreto, pone en jaque dos exigencias básicas del ideal regulativo de sujeción del juez a la ley, a saber: i) que no habría norma previa que regule la conducta del juez y, ii) que el juez puede crear *ex nihilo* el Derecho. Sobre este segundo problema Frank (1949) señaló que,

...Una vez que se reconoce que el juez, al decidir un caso, puede crear por primera vez la ley aplicable a ese caso, o puede alterar las reglas que se suponía que existían antes de que el caso se decidiera, tendrá que reconocerse también que los derechos y las obligaciones de las partes del caso pueden ser decididos retroactivamente (p. 34).

En conclusión, cuando el juez busca la respuesta en el sistema jurídico para decidir un caso individual y éste no la prevé, se ve forzado por la obligación de fallar a “crear” el Derecho. No obstante, como también el juez debe cumplir con la obligación de motivar su decisión en una norma general, sin esa norma general previa no puede decirse que haya motivación o justificación de la decisión. Motivar la sentencia es un presupuesto normativo de la actividad judicial que garantiza la racionalidad de la misma, al exigir al juez estar “...dispuesto a dar ese mismo trato a todos los que se encuentran en una situación igual en sus rasgos relevantes a la que

contempla. Si no adopta ese compromiso intelectual se está comportando irracionalmente y su sentencia, al carecer de base racional, carece de motivación: es una sentencia arbitraria” (Laporta, 2007, 212).

En conclusión, la tesis de la discrecionalidad judicial admitiría que en situaciones de indeterminación normativa, como las de dilema moral, el juez cree la norma aplicable (*ex nihilo*). Sin embargo, ésta creación del Derecho no usurparía las funciones del poder legislativo, pues sólo operaría para el caso concreto y es una consecuencia del deber de decidir todos los casos.

4.1.2. Crítica.

La tesis de la discrecionalidad judicial representa la contrapartida de la tesis de la única respuesta correcta en los casos difíciles. Según Dworkin (1978), la principal crítica que pudiera realizarse a esta visión iuspositivista del ordenamiento jurídico, es que la misma sacrifica los derechos individuales mediante la adopción de decisiones *ex novo* con efectos retroactivos para las partes.

La excesiva discrecionalidad otorgada por el positivismo al juez en la aplicación de la ley, se deriva de la concepción del Derecho como conjunto de normas válidas identificables según su origen o pedigrí, esto es, sólo con base a criterios formales. La existencia de una obligación jurídica depende de la existencia de una norma jurídica válida que la incluya. Para Arango (1999),

...A esta concepción del derecho se opone Dworkin. Considera que el derecho no se reduce a un conjunto de reglas. Propone como visión alternativa una investigación pragmática del uso de los conceptos de derecho y obligación por los partícipes de la práctica judicial. Los jueces en la resolución de las controversias, además de reglas, echan mano de otros estándares, como principios, directrices políticas y otras pautas (p.50).

La concepción del Derecho como conjunto de reglas desemboca en la tesis de la discrecionalidad, ya que el juez no está obligado a aplicar estándares diferentes a los establecidos por las fuentes formales del Derecho.

En consecuencia, la discrecionalidad judicial reduciría la decisión del juez a un acto de mera voluntad subjetiva y anularía la posibilidad de motivar las sentencias, lo cual desconocería a nivel conceptual y prescriptivo el ideal de sujeción del juez a la ley.

4.2.Respuestas fundadas en la tesis de la “cláusula de cierre”.

4.3.Contenido.

Según la concepción más generalizada del sistema jurídico este opera como un conjunto axiomático-deductivo, estableciendo reglas generales de las cuales se derivan las pautas de comportamiento para los agentes regulados por él. Para Alchourrón (1975), ésta concepción deriva en lo que él denomina la “concepción del Sistema Maestro”, según la cual

El derecho puede verse como una herramienta para organizar la forma de vida de una determinada sociedad. Ciertas pautas generales de conducta son necesarias para guiar las acciones que deben o pueden ser realizadas. Esto sugiere la conveniencia de tener una formulación explícita de las reglas diseñadas para llevar a cabo esa función de guía. Una vez que las tenemos, se supone que las decisiones particulares serán tomadas en concordancia con las reglas relevantes del conjunto. En este modelo ideal, el conjunto de reglas constituye el punto de partida (los axiomas) para la derivación de las instrucciones a seguir en cada situación concreta (p. 157).

El sistema jurídico es completo y siempre establece una única respuesta en todo caso individual por muy problemático que éste sea. La concepción del Sistema

Maestro está habitualmente conectada a los principios jurídicos de inexcusabilidad, justificación y legalidad, referidos por Alchourrón y Bulygin (1975) en su obra la Introducción a la Metodología de las Ciencias Jurídicas y Sociales. Estos principios consisten en:

- a. Principio de inexcusabilidad, según el cual el juez, dentro de los límites de su competencia, debe resolver todos los casos que conoce, y no puede rechazar aplicar el Derecho.
- b. Principio de justificación, según el cual las decisiones judiciales exigen una justificación que debe ser formulada expresamente por el juez en la decisión y,
- c. Principio de legalidad, que exige que la justificación, sobre la base de la cual la decisión judicial se apoya, esté constituida por normas jurídicas.

Según Ratti (2013), estos tres principios pueden ser resumidos en un principio más general de la forma siguiente:

4.- Los jueces deben resolver todos los casos que les sean planteados, dentro del alcance de su competencia, a través de decisiones basadas en normas que sean miembros del sistema jurídico en el cual el juez opera. Si asumimos que el principio (4) prescribe una acción posible, podemos derivar lo siguiente:

5.- En cualquier sistema jurídico, hay normas que establecen los elementos para resolver cualquier caso posible.

La asunción expresada en (5) no es sino el postulado de la completitud (o clausura) absoluta de los sistemas jurídicos (pp. 108-109).

De lo anterior, puede afirmarse que un sistema es “completo” cuando no hay caso genérico relevante que carezca de solución normativa. La completitud del sistema es concebida por Alchourrón y Bulygin (1975), como un ideal racional que el sistema jurídico debe tener si pretende guiar el comportamiento humano. En tal sentido, un sistema normativo y, el jurídico en particular, es “cerrado” cuando es

completo en relación con todos los casos genéricos posibles. De acuerdo con Alchourrón y Bulygin (1975), la propiedad de la clausura es empíricamente falsa en relación con la gran mayoría de los ordenamientos jurídicos y es imposible de alcanzar desde un punto de vista conceptual. En consecuencia,

El resultado anti-formalista que proviene del análisis llevado a cabo en Normative Systems¹⁸ es que el postulado de la completitud absoluta de un determinado sistema jurídico depende de la (improbable) presencia, en tal sistema, de una regla general de clausura, i.e. de “una regla que calificaría deónticamente todas aquellas acciones que no estuvieran calificadas ya por el sistema en cuestión” (Ratti, 2013, 109).

La regla de clausura o cierre debe satisfacer dos requisitos: i) debe convertir el sistema normativo en un sistema completo (todo caso posible debe tener una acción posible) y ii) debe preservar la consistencia del sistema (no debe crear contradicciones normativas). Estas funciones pueden ser llevadas a cabo por una regla de clausura que se denomina “el principio de prohibición”, según el cual, todo lo que no está prohibido está permitido. Los autores distinguen de esta manera entre el permiso en sentido débil (ausencia de prohibición) y el permiso en sentido fuerte (autorización expresa). Se entiende que el sistema normativo está integrado por normas categóricas, por lo que el principio de prohibición “expresa una regla de clausura de acuerdo con la cual todo acto, que no haya sido prohibido, tiene que ser considerado como expresamente autorizado (i.e., permitido en sentido fuerte)” (Ratti, 2013, 110).

Desde una perspectiva descriptiva del sistema normativo, el principio de prohibición puede entenderse de dos maneras diferentes:

- a. En primer lugar, el principio de prohibición significa que “todo lo que no está prohibido está permitido en sentido débil”, con lo que el principio de prohibición expresa una proposición que “...es verdadera por definición, pero que es trivial. La ausencia de regulación implica que, de hecho, una cierta

¹⁸ Se refiere al nombre anglosajón de la edición de la obra Introducción a la Metodología de las Ciencias Jurídicas y Sociales.

acción no está prohibida por un determinado sistema. En consecuencia, una laguna normativa puede ser concebida como una situación en la cual una acción está permitida en sentido débil” (Ratti, 2013,110).

- b. En segundo lugar, el principio de prohibición significa que “todo lo que no está prohibido está permitido en sentido fuerte”, con lo que el principio de prohibición expresa una proposición contingente “...susceptible de ser verificada o falsificada de acuerdo con la existencia de una cierta norma que autoriza todos los actos que no estén prohibidos” (Ratti, 2013,110).

Para esta estrategia teórica, el juez podría en los casos no regulados expresamente por el sistema jurídico (indeterminación), recurrir a la cláusula de cierre y decidir a partir de esta disposición residual, permitiendo la conducta no prohibida expresamente por el Derecho positivo. En tal sentido, dado que nuestra noción de dilema moral implica la permisión de las obligaciones implicadas en el mismo y siendo que no consideramos que ambas deban ser cumplidas conjuntamente, una cláusula de cierre como la indicada permitiría fundamentar normativamente la decisión del juez y, en consecuencia, satisfacer el principio de sujeción del juez a la ley.

4.4.Critica.

Un problema inicial asociado a la existencia de reglas de clausura que aseguren la completitud del sistema normativo, se refiere al hecho que los sistemas jurídicos no son categóricos. En tal sentido, como indican Alchourrón y Bulygin (1975), no hay regla de clausura de un sistema normativo hipotético que no cree contradicciones que no existían antes. Por ejemplo,

Supongamos que estamos interesados en un sistema normativo S^* que presenta las siguientes características: su universo de acciones -en cuya solución normativa estamos interesados- está compuesto por una sola acción (digamos, “R”: “el heredero hereda en el momento de la muerte

del testador”); su universo de casos, que es relevante de acuerdo con $S \bullet$ está compuesto por “w” (“testamento válido”) y “h” (“homicidio del testador”); correlaciona el caso “w&h” con la solución maximal “PhR” (“Prohibido R”) y el caso “w&~h” con la solución maximal “FR” (“Facultativo R”). El sistema no tiene lagunas y se asume que resulta consistente. Tomemos ahora “w”, que pertenece a un universo de casos menos fino que el universo de casos relevantes (“w” y “h”). $S \bullet$ no establece ninguna solución para “w”. Si aplicamos una regla de clausura del tipo $\bullet R$, se sigue que la solución para el caso “w” es “PR” (“Permitido R”). Pero, como consecuencia, $S \bullet$ ~~conecta~~ ^{conecta} el caso “w&h” con dos soluciones contradictorias: “PR” y “PhR”. Así pues, reglas de clausura tales como $\bullet R$ cierran el sistema pagando el precio de convertirlo en un sistema indeterminado: introducen una antinomia en un sistema que era originalmente consistente (Ratti, 2013,111).

De lo anterior, inferimos que los principios de inexcusabilidad, justificación y legalidad forman un conjunto contradictorio de normas, en la medida en que implican simultáneamente la clausura y la completitud del sistema jurídico. En consecuencia, el principio de prohibición debe operar no como una simple verdad contingente sino como una verdad necesaria. El juez será capaz de resolver todos los casos que le sean planteados dentro del alcance de su competencia, a través de decisiones basadas en normas existentes dentro del sistema jurídico en el cual éste opera.

Finalmente, es importante destacar que los propios Alchourrón y Bulygin (1975) afirman que:

La clausura absoluta de un sistema normativo hipotético resulta (...) incompatible con la exigencia de que preserve ella la coherencia del sistema. Dada la importancia de este requisito, parece razonable abandonar la pretensión de una clausura absoluta; lo más que se puede

lograr con respecto a los sistemas hipotéticos es una clausura relativa al UCR (I.E., universo de casos relevantes) (p. 174).

Para preservar la consistencia de un sistema jurídico es necesario introducir una regla parcial de clausura, es decir, una regla de carácter sectorial que aplique para determinados ámbitos del sistema y no tenga pretensiones de universalidad. Un ejemplo común de este tipo de cláusulas de cierre es el conocido caso de la regla *nullum crimen sine lege* en el Derecho penal.

En “Análisis Lógico y Derecho”, Alchourrón (1991) parece introducir un cambio en su pensamiento respecto a “Introducción a la Metodología de las Ciencias Jurídicas y Sociales”, sosteniendo que el sistema puede ser clausurado y hecho consistente mediante interpretación, con lo cual, la clausura del sistema corresponde al intérprete y no a una regla contingente. Según esta nueva visión, la interpretación proporcionaría la solución consistente para cada caso, aun cuando se sigue afirmando que un sistema hipotético no puede ser clausurado en su totalidad si uno quiere preservar su consistencia.

Dejaremos hasta aquí el análisis de la visión interpretativa del sistema pues en el segmento siguiente nos dedicaremos a fondo a ella, en lo que hemos denominado las respuestas fundadas en la tesis de la respuesta única correcta.

4.5.Respuestas fundadas en la tesis de la respuesta única correcta.

4.5.1. Contenido.

Dworkin (1978), opone a la teoría de la decisión judicial como adjudicación (defendida por el positivismo jurídico) la tesis de la única respuesta correcta, aplicada a la existencia y a la eficacia de los derechos. Según este autor, el positivismo se equivoca al sostener que si un caso no se resuelve mediante subsunción, el juez tiene discreción para decidir quién tiene derecho a ganarlo. Dworkin considera que este modelo discrecional convierte a los derechos en una ficción.

Para la tesis de la respuesta única dworquiana si una norma establecida no resuelve el caso, una de las partes tiene derecho a ganarlo y el juez tiene el deber de descubrir cuáles son los derechos de las mismas. La idea positivista de que los jueces “legislan” para el caso concreto pasa por alto una distinción fundamental en la teoría política. La distinción entre argumentos de principio y argumentos políticos. En tal sentido,

Dworkin se opone a la tesis de la discrecionalidad judicial y propone como alternativa la tesis de los derechos, consistente en que los jueces, en la toma de decisiones –a diferencia de las decisiones legislativas que tienen en cuenta argumentos políticos- deben basarse en argumentos de principio (Arango, 1999,53).

Según ésta posición, los jueces están sometidos a la doctrina de la responsabilidad política, la cual establece que los principios pueden servir de justificación a una decisión judicial, sólo si el juez demuestra que los mismos son coherentes con las decisiones del pasado y permiten construir decisiones estables en el futuro. La tesis de Dworkin se fundamenta tanto en presupuestos políticos como facticos que dan consistencia a su propuesta.

a. Presupuestos políticos.

En cuanto a los presupuestos políticos, Dworkin defiende la tesis de los derechos preexistentes. Considera que la teoría jurídica derivada de las visiones positivistas y utilitaristas no toman en serio los derechos de las personas. Las primeras, sólo reconocen los derechos adoptados por instituciones sociales específicas (ley, jurisprudencia, etc.) y, las segundas, sostienen que el Derecho ha de servir exclusivamente al bienestar general, sacrificando en algunos casos los derechos individuales.

La tesis de la única respuesta correcta tiene como presupuesto que la función más importante del Derecho, es garantizar los derechos de los individuos frente a la

mayoría y al Estado. Ante los potenciales conflictos entre derechos y objetivos sociales, los derechos son triunfos políticos (cartas de triunfo) en manos de los individuos.

La tesis de los derechos políticos es construida a partir del Derecho abstracto a igual consideración y respeto. Los derechos legales están explícitamente establecidos sobre derechos morales. Unos y otros pertenecen a un mismo orden conceptual. En casos de conflicto, los derechos legales no necesariamente prevalecen sobre los derechos morales, pues el juez decide cuál de ellos debe primar sobre el otro en un caso concreto. Según Calsamiglia (1984), el esquema de la controversia judicial que sintetiza la tesis de los derechos puede resumirse así:

...a) en todo proceso judicial existe un juez que tiene la función de decidir el conflicto; b) existe un Derecho a vencer en el conflicto y el juez debe indagar quién es titular de este derecho; c) el derecho a vencer existe aun cuando no exista norma exactamente aplicable; d) en los casos difíciles, el juez debe conceder la victoria a una de las partes, basándose en principios que garantizan el derecho; e) el juez, al fundamentar su decisión en un principio preexistente, no inventa un derecho ni aplica retroactivamente la ley; se limita a garantizarlo (p. 18).

b. Presupuestos fácticos.

Los presupuestos fácticos de la teoría dworquianase refieren a la idea de sistema jurídico avanzado. La existencia de respuestas correctas en el Derecho depende de la existencia de un sistema jurídico avanzado, pleno en disposiciones normativas y en precedentes judiciales donde se sintetiza la institucionalidad de una comunidad política.

Los sistemas jurídicos primitivos son propensos a los conflictos y a las lagunas, por lo que pueden producir casos de empate entre razones opuestas. En

ellos, es común que se presenten varias teorías del Derecho con pretensiones de validez que disputen distintas tesis para resolver un caso difícil, con justificaciones igualmente buenas según el Derecho positivo.

En los sistemas normativos avanzados la probabilidad de un empate es nula o muy improbable, ya que se podría justificar una nueva regla fundamental que prescriba la eliminación de los empates. La complejidad del material jurídico y el buen juicio del juez, siempre permitirán establecer el Derecho aplicable al caso concreto y conceder la victoria a alguna de las dos partes.

La tesis de la única respuesta correcta es una teoría de la decisión judicial que concibe al Derecho como una práctica social compleja que consiste fundamentalmente en la interpretación. En tal sentido, es una teoría creativa, evaluativa y pragmático-argumentativa del Derecho. Según Arango (1999) estas características nos permiten estudiar el contenido de la tesis dworkiana a partir tres aspectos: i) como descripción de la práctica judicial a partir del uso que sus participantes hacen del lenguaje jurídico; ii) como método constructivo de la adjudicación y, iii) como criterio valorativo de la corrección de las decisiones judiciales.

a. Como descripción de la práctica judicial a partir del uso que sus participantes hacen del lenguaje jurídico.

La identificación de respuestas correctas en Derecho depende de la posibilidad de predicar la verdad o la falsedad de las proposiciones normativas que utilizan los agentes jurídicos en su práctica. Dworkin asume "...una teoría del sentido de las proposiciones que se determina por el uso que de ellas hace una comunidad lingüística y no por su correspondencia con algo "allí afuera" en el mundo. En ello radica el carácter antimetafísico y antiepistemológico de la interpretación constructiva del Derecho" (Arango, 1999, 58).

Según esta posición, los jueces actúan como participantes en una práctica que estipula ciertas condiciones de verdad para las proposiciones normativas y sólo es

posible afirmar la verdad o falsedad de esas proposiciones a partir de su relación de congruencia con proposiciones contrarias. De esta manera, la proposición correcta es aquella que mejor justifica el Derecho establecido según la teoría jurídica que le sirve de fundamento. Las proposiciones calificadas como falsas serían aquellas menos congruentes con esa teoría del derecho que la contraria. En tal sentido,

...es frecuente que los jueces coincidan en cuanto a la verdad de las proposiciones de derecho y, cuando discrepan, comprenden suficientemente bien los argumentos de sus oponentes como para poder localizar el nivel del desacuerdo y disponer de argumentos en un orden de verosimilitud aproximado (Arango, 1999,59).

La denominada bivalencia de los conceptos jurídicos es la clave que permite sostener la tesis de la única respuesta correcta para los casos difíciles. En el Derecho son comunes los conceptos “dispositivos” que según su aplicabilidad o no a una situación, establecen la obligación del juez de decidir en un sentido u otro. La verdad y corrección de una proposición normativa en el pensamiento dworquiano se determina por las reglas del uso del lenguaje en la práctica jurídica. Según Arango (1999) “...este enfoque pragmático y analítico del lenguaje jurídico pretende ser una alternativa al enfoque epistemológico que presuntamente subyace a las teorías semánticas del Derecho, el positivismo y el utilitarismo jurídico, según el cual sólo se puede hablar de verdad o corrección de una proposición, si ésta es susceptible de demostración en el sentido de las proposiciones empíricas” (p. 60).

b. Como método constructivo de la adjudicación

En el pensamiento dworquiano la verdad de las proposiciones normativas se identifica con su coherencia. Sólo una respuesta entre las múltiples posibles para un caso difícil logra ser la más coherente y la correcta. La coherencia se plantea respecto a los principios morales y políticos que subyacen al sistema jurídico. En el método constructivo de la adjudicación, la respuesta correcta es aquella que posee tanta

justificación interna, en tanto inferencia lógico deductiva, como justificación externa, en el sentido que supone la mejor teoría política que subyace al Derecho y que se identifica con la moralidad institucional.

Dworkin parte de un tipo ideal de juez(Hércules) a quien atribuye virtudes sobrehumanas que le permiten encontrar la mejor respuesta. Como todo juez, Hércules debe inferir sus juicios de las normas del sistema, pero en los casos difíciles, debe construir la solución a partir de juicios éticos y de la filosofía política. En este punto,

Hércules no busca primero los límites del derecho explícito, para luego sí introducir juicios políticos y morales. Al valerse de su propio juicio para determinar qué derechos y obligaciones tienen las partes, ya ha tenido en cuenta la historia jurídica y las tradiciones morales de la comunidad. Siendo ello así, sus propuestas normativas deben ser conscientes de la filosofía política y moral que las inspira, así como estar dispuestas a evaluar su coherencia frente a propuestas contrarias (Arango, 1999,62).

La tesis dworkiniana defiende la continuidad entre el Derecho y la teoría política. El intérprete jurídico debe ir más allá del sentido natural de las palabras de la ley o las intenciones de sus autores y actuar como si se tratara de un problema de teoría política. Según Arango (1999),

Dworkin distingue dos actitudes que los jueces pueden adoptar respecto de sus propias convicciones: la una, que considera su opinión política como justificación suficiente de la decisión; la otra, que confía en la verdad o la solidez de la propia creencia, y considera que la justificación de la decisión radica precisamente en dicha característica de la creencia (p. 63).

El hecho de que el juez posea una determinada concepción de una institución, no constituye un argumento a favor de la decisión respaldada por dicha concepción,

pues la justificación de una decisión requiere suministrar las razones en las que basa su confianza en la verdad o la solidez de sus convicciones. El juez debe tener en cuenta que los individuos tienen Derecho a que se hagan respetar de manera coherente los principios en que se basan sus instituciones.

c. Como criterio valorativo de la corrección de las decisiones judiciales.

Dworkin propone dos criterios o dimensiones para juzgar si una teoría ofrece la mejor justificación de los materiales jurídicos disponibles, a saber: i) el criterio de adecuación y ii) el criterio de moralidad política.

- i) El criterio de adecuación permite suponer que una teoría política es por tanto una mejor justificación que otra si quien la sostiene logra resolver más integralmente el problema que quien justifica la teoría contraria. La dimensión de adecuación desarrolla y perfecciona la idea de que la interpretación debe ser congruente con los datos que interpreta. Aquí, el problema central del juez es “...determinar el derecho establecido en su jurisdicción. El derecho establecido se manifiesta en la historia institucional completa (Constitución, leyes, precedentes, regulaciones administrativas). No obstante, como la congruencia exige hallar un solo conjunto de principios que reconcilie la totalidad de las leyes y precedentes lo cual resultaría demasiado exigente –Dworkin-, introduce la teoría de los errores” (Arango, 1999,64).
- ii) El criterio de moralidad política supone que cuando dos justificaciones ofrecen una respuesta igualmente buena a la luz de los materiales legales disponibles, sólo una es la mejor justificación desde el punto de vista de la moralidad política. Tal justificación vendrá a representar más cabalmente los derechos que tienen las personas. El contenido de la moralidad política es problemático porque apela a conceptos esencialmente controvertidos como la equidad, la libertad o la igualdad.

En consecuencia, en la teoría dworquiana los dilemas morales serían raros y producto de la inmadurez del sistema jurídico. En los sistemas normativos avanzados las situaciones de dilemáticas siempre tendrían respuesta a nivel de los principios, aun cuando se presenten y existan a nivel de las reglas.

4.5.2. Crítica.

Según Arango (1999), las críticas en torno a la tesis de Dworkin puede dividirse en dos órdenes: 1) la discusión jurídica sobre la discrecionalidad judicial y la preexistencia de los derechos y, 2) la discusión filosófica sobre los aspectos metodológicos y valorativos de su tesis. Por no ser objeto de nuestra investigación, sólo repasaremos superficialmente los referidos argumentos críticos.

Por una parte, los positivistas rebaten la idea de que la discrecionalidad no es sinónimo de arbitrariedad y sostienen que el juez, al resolver casos difíciles cuya respuesta no está determinada por la ley, deben justificar su decisión mediante razones generales, decidiendo como lo haría un legislador consciente de conformidad con sus propias creencias y valores (Hart, 1961).

En cuanto a la tesis de la demostrabilidad de la única respuesta correcta dworquiana, se alega que si una proposición no puede ser demostrada como verdadera, pese a ser conocidos los hechos relevantes para establecer su verdad, entonces no puede ser verdadera. Arango (1999), señala que los defensores de esta tesis sostienen que “...si personas razonables divergen sobre el alcance de una proposición normativa, entonces una interpretación de la misma no puede ser demostrada como verdadera. Según esta tesis, no habría ninguna respuesta correcta en casos difíciles.” (p. 64). Dworkin (1978), contrargumenta señalando que en el Derecho opera una noción de verdad como coherencia y no como correspondencia.

Para hacer frente a la objeción filosófica según la cual no existe nada como un hecho de consistencia narrativa, Dworkin distingue entre “...el procedimiento científico y el artístico, propio de las disciplinas interpretativas como la literatura y el

Derecho. De esta forma, intenta mostrar que la objetividad en la ciencia y en el arte responden a parámetros diferentes, que no pueden ser confundidos” (Arango, 1999,63).

Finalmente, los críticos de Dworkin consideran que éste acoge una teoría cognoscitiva, absolutista y objetivista de la moral. Para ellos, Dworkin presupone la existencia de un orden objetivo de valores que lo identifican como un iusnaturalista sofisticado. En esta línea argumental, tenemos las posiciones críticas de Aarnio (1991) y MacCormick (1990).

Según el primero, la suposición de valores absolutos, necesaria para la construcción de la “mejor teoría posible”, es un punto de partida demasiado fuerte. “La mejor teoría posible” es un postulado filosófico injustificable, contrario a la cultura jurídica occidental, la cual no está basada en valores absolutos.

Para el segundo, la unidad de método y sustancia entre Derecho, política y moral posee un “tinte” iusnaturalista que Dworkin busca infructuosamente negar. El mandato de teorización que Dworkin sugiere para justificar una decisión es irrealizable para cualquier juez normal.

En términos muy generales, podemos decir que Dworkin se defiende ante éstas críticas afirmando que, ninguna de nuestras creencias acerca del mundo y de sus objetos, está garantizada por una realidad independiente de cualquier teoría. Toda creencia es consecuencia de una estructura teórica particular que puede ser revisada y abandonada. La tesis de que nuestras hipótesis científicas “...dependen de la estructura teórica subyacente, no niega la existencia de hechos que constriñen la teoría, sino que implica cómo la constriñen” (Arango, 1999,63).

Como respuesta a la objeción de absolutista moral, Dworkin se refiere a la “objetividad” de los juicios interpretativos. Rechaza las críticas según las cuales, la objetividad presupone que el significado de una pretensión interpretativa se encuentra en el universo como un hecho externo o “bruto”. En consecuencia,

...no tiene sentido tratar de encontrar un argumento general que nos permita sostener que los juicios morales, políticos, estéticos, legales o interpretativos, “son” objetivos. “No tengo argumentos para la objetividad de los juicios morales salvo argumentos morales, no tengo argumentos para la objetividad de los juicios interpretativos, salvo argumentos interpretativos, y sucesivamente”. Sólo es posible suministrar argumentos morales para respaldar la afirmación de que la esclavitud es injusta. El que toda persona debería pensar así, no significa que la injusticia de la esclavitud haga del “universo” (Arango, 1999,65).

4.6.Posiciones teóricas en torno a la respuesta del juez en situaciones de indeterminación normativa.

A partir de nuestra noción de dilemas morales como casos particulares de conflicto normativo, caracterizados por la ausencia de criterios y procedimientos que permitan adoptar una respuesta única, en virtud de la situación de indeterminación que presenta el sistema jurídico, podemos asimilar la posición del juez en estos casos a la que enfrenta en situaciones de laguna normativa (tanto las propiamente dichas como las axiológicas).¹⁹ De allí, que sea posible metodológicamente establecer cierta analogía, entre las posiciones teóricas relativas a las respuestas del juez ante situaciones de laguna y de dilema moral.

En efecto, como hemos sostenido en nuestra investigación, a partir del concepto de obligación moral de Zimmerman (1996), podemos concluir que en las situaciones de dilema moral, el juez se encuentra ante una situación de permisión entre las opciones que le presenta el sistema normativo para resolver el caso. El

¹⁹ Entendemos por laguna axiológica siguiendo a Martínez (2010) lo siguiente: Existe una laguna axiológica en un sistema normativo S en relación con un caso C si, y sólo si, a pesar de que el caso C está correlacionado con una solución normativa (no existe una laguna normativa), el sistema S no considera como relevante cierta propiedad que desde un punto de vista axiológico o valorativo debería haber sido considerada como relevante. (p. 284)

problema se encuentra en el hecho de que todas ellas –según nuestra posición-, serían igualmente injustificadas a la luz del principio de sujeción del juez ante la ley (como lo hemos demostrado en el capítulo anterior) para justificar su decisión. En este sentido, las situaciones de indeterminación normativa comparten con las lagunas dos elementos comunes; a. que el ordenamiento jurídico no establece una solución para el caso concreto y, b. que el juez debe establecerla para cumplir con su obligación de dictar la sentencia y resolver el conflicto.

En las situaciones de dilema el alcance del principio de motivación de las sentencias se ve limitado, cuando no anulado, por la indeterminación normativa del sistema jurídico, pues si las opciones son igualmente permitidas significa que optar por cualquiera de ellas será igualmente injustificado a la luz del Derecho.

Sin embargo, al juez le sobrevive la obligación de decidir y de dictar justicia en el caso específico, como fundamento último de su función político-constitucional. Por tal motivo, la pregunta que debemos hacernos es ¿cómo debe decidir? y en ¿qué sentido debe adoptar la decisión?

A continuación, presentamos las principales posiciones teóricas desarrolladas en relación a la respuesta judicial los casos de indeterminación jurídica, bien sea en situaciones de laguna o, específicamente, en situaciones de dilema moral.

4.6.1. Atria y Ruiz Manero.

Ruiz Manero defiende en su conocida obra *Jurisdicción y Normas* (1990), que cuando no existe una norma específica que obligue al juez a condenar, éste está obligado a rechazar la demanda. Igual posición es sostenida por Fernando Atria (2001), para quien la respuesta negativa a la pregunta de ¿qué establece el Derecho para el caso genérico?, no implica una respuesta a la pregunta ¿qué debe hacer un juez en un caso individual que pertenece a ese caso genérico? En otras palabras, el hecho de que el sistema normativo no establezca nada respecto del caso genérico, no

impide que haya una respuesta correcta al caso individual. Ésta respuesta, debe ser rechazar la demanda. Como señala Atria (2001),

...no es verdad que el juez tenga discreción para resolver el caso individual cuando hay una laguna normativa. Solo en el caso de una laguna axiológica habría discrecionalidad, donde por laguna axiológica se entiende un caso para el cual hay una solución, pero ésta es valorada por el intérprete como injusta o inadecuada (p. 58).

Para Ruiz Manero (1990) y Atria (2001), siempre hay una respuesta correcta en el caso individual aun cuando no exista la misma en los casos genéricos. Esta respuesta es que el juez debe rechazar la demanda. Como apunta acertadamente Bulygin (2010), “...ésta tesis implica una diferencia fundamental entre la sentencia que hace lugar a la demanda y la sentencia que la rechaza. Para la primera el juez necesita una norma general que diga que el demandado debe hacer lo que el actor pretende que haga; para la segunda bastaría el hecho de que no exista una norma tal.” (p.22)

Esta posición no está exenta de críticas y entre la más importante está la de Lariguet (2008), para quién la existencia de cláusulas de cierre al estilo de “rechazo de la demanda”, son reconstrucciones que obvian el carácter trágico de la decisión y pasan por alto la exigibilidad de las opciones implicadas (exigibilidad conjunta). En efecto, según Lariguet (2008),

Autores como Atria subestiman el alcance del problema. Así, sostener que la “obligación de rechazar la demanda” es la respuesta jurídica correcta al caso, pasa por alto el importante problema de los dilemas. Como establecí, el problema es que ambas alternativas pueden reputarse exigibles. Dado que un juez no puede tomar una decisión que no suponga villar una de las alternativas, surge la posibilidad de la queja justificada de la parte cuya pretensión –atendible- fue dejada a un lado. La estrategia muestra el límite para la corrección de la decisión de un

juez en situaciones de dilema. En consecuencia, es falso que la obligación de rechazar la demanda sea siempre la “respuesta correcta” (p. 394).

4.6.2. Alchourrón y Bulygin.

Para estos autores, el juez sólo posee una obligación genérica de decidir en los casos de laguna en el Derecho, pero es discrecional si rechaza o no la demanda. En efecto, para Alchourrón y Bulygin (1975), la solución de un caso individual sólo está justificada si se haya fundada en el sistema jurídico. Es decir, una decisión está justificada cuando la solución del caso individual está correlacionada por el sistema a un caso genérico.

En el caso de laguna, el caso genérico no está correlacionado con ninguna solución. En consecuencia, el juez no puede rechazar la demanda sin modificar previamente el sistema, siendo en este caso su decisión arbitraria e infundada. Siguiendo a Alchourrón y Bulygin (1975) podemos afirmar que no hay,

...ninguna diferencia entre la sentencia de condena y la sentencia denegatoria, en ambos casos el juez tiene que llenar previamente la laguna. Si la llena con una norma que impone una obligación al demandado, debe condenarlo; si la nueva norma permite al demandado no hacer lo que el actor pretende que haga, entonces debe rechazar la demanda. Si no llena la laguna y rechaza la demanda, su sentencia carece de fundamento, del mismo modo que si hiciera lugar a la misma. El mero hecho de que no haya una norma que obligue al demandado no justifica el rechazo de la demanda (p. 180).

Para estos autores, no hay razón alguna para dar preferencia a la posición del demandado sobre la del actor, pues los argumentos de una y otra parte son igualmente correctos. El juez debe correlacionar el caso genérico con alguna solución. Lo que no

puede hacer sin caer en arbitrariedad es rechazar la demanda y no solucionar el caso genérico. La tesis de Alchourrón y Bulygin (1975) se funda en

...la afirmación de que el rechazo de la demanda implica permitir al demandado la no realización de la conducta exigida por el actor. Para convencerse de que esto es así, considérese la siguiente situación. Supóngase un sistema jurídico con una laguna: no hay ninguna norma que contemple la conducta de p en el caso q. Dicho en otros términos, el caso q no está correlacionado por el sistema con ninguna solución en función de p. Supóngase, además, que a partir de un cierto momento los jueces proceden invariablemente a rechazar todas las demandas en las que la parte actora pretenda que el demandado está obligado a hacer p en las circunstancias q. ¿No sería justificado decir que el sistema ha sido modificado, que ha aparecido una nueva norma de origen jurisprudencial conforme a la cual p no es obligatorio en el caso q? Y si se admite que hay una norma que dice que p no es obligatorio en el caso q, entonces p es permitido en el sentido fuerte (p. 187).

4.6.3. Martínez-Zorrilla.

Martínez (2007), combina las nociones de: i) disyunción de obligaciones o permisión excluyente y ii) la propuesta normativa de Taurek (1977), para la elección de la acción en situaciones trágicas.

Según este argumento la decisión entre dos o más opciones igualmente permitidas moralmente pero incompatibles empíricamente sería decidir al azar. Ello porque el método del azar garantizaría la imparcialidad del juez en la decisión (según la propuesta de Taurek). En efecto, el método de tirar una moneda al aire evitaría la aplicación de algún prejuicio subjetivo del juez con base a sus preferencias personales. La posición de Taurek (1977) –asumida por Martínez– supone una forma

imparcial de administrar la queja pero no resuelve cuál obligación debe prevalecer. Como señala Lariguet (2008),

La propuesta de Taurek garantiza imparcialidad, pero no soluciona el dilema. Este es su límite. No puede hacerlo porque, por hipótesis, ambas obligaciones (A y B) o bien son inconmensurables o bien están empatadas. La salida de Taurek dejaría la queja “en pie”. La queja sería que ambas obligaciones son atendibles o satisfacen el requisito de exigibilidad o “practicalidad” (p. 396).

Pero Martínez (2007), es consciente de la imposibilidad práctica de acudir a métodos de azar como el propuesto por Taurek (1977) en el ámbito judicial. En tal sentido, reconoce que los jueces deben decidir con sujeción a la ley y están imposibilitados de acudir a métodos como el azar, por mucho que éstos garanticen la imparcialidad de la decisión. Por ello, propone la inclusión dentro del sistema normativo de una especie de cláusula de cierre, que prescriba en situaciones de dilema lo siguiente: Siempre deberá ganar A o siempre deberá ganar B.

La justificación de este tipo de regla estaría en la protección del principio de seguridad jurídica. No obstante, se le critica el hecho de proteger prevalentemente este valor sobre otros en el ordenamiento, por lo que su propuesta no respetaría el pluralismo valorativo, sino que sería rígidamente deferente a un único valor maestro. Según Lariguet (2008),

El primer problema es que ésta regla no se ajusta a nuestras prácticas constitucionales. Si el dilema ocurriese en el ámbito constitucional, típicamente en controversias de posiciones polarizadas tales como el aborto, Martínez diría que hay que dar una misma solución para todos los casos. No funciona así la práctica constitucional. En ella no se estipulan reglas para resolver unívocamente casos. Se ponderan casos y se establecen prioridades variables en distintos grados. El segundo problema es que en la ponderación de derechos en conflictos (que

generan obligaciones incompatibles) la seguridad jurídica siempre vendría a dar peso a un tipo de reglas o principios sobre los otros, en una especie de orden lexicográfico (p. 397).

4.6.4. Lariguet.

Para Lariguet cualquier método de solución de los dilemas debe reconocer el pluralismo de valores y el sacrificio de opciones valiosas, sin asumir posiciones *a priori* a favor de la seguridad jurídica. La combinación del pluralismo de valores y la idea de sacrificio es equivalente en Lariguet (2008), a la idea hartiana de tensión entre el valor “justicia” y el valor “bien general”. No obstante, para Hart (1961), ésta tensión se resuelve en forma dinámica sacrificando uno u otro.

Según Lariguet (2008), en la tradición jurídica actual los jueces dan la victoria a una parte y la derrota a la otra. Puesto que en los dilemas morales todas las alternativas son exigibles no es justo que los jueces otorguen todo a una parte en detrimento de la otra. La parte perdedora en un conflicto se siente afectada porque también tenía razones para ganar, tan válidas como las de la parte contraria. En tal sentido, “...¿Por qué, entonces, consagrar una legislación o una decisión judicial que de todo a una parte y humille a la otra? Esta pregunta reenvía al problema de quién y por qué debe cargar con el residuo y si procede, y quién, cuándo y cómo debe compensar por este residuo” (pp. 324-325).

Es necesario un modelo que propicie salidas “intermedias” o “conciliatorias” y para ello, propone como salida a las situaciones de dilema la denominada “ponderación conciliatoria”. La “conciliación” supone “...el arribo a posiciones más equitativas que distribuyan entre ambas partes del conflicto los costes y beneficios y no que adjudiquen todo el beneficio a una parte y todo el coste a la otra” (Lariguet, 2008, 325).

4.6.5. Laporta.

Francisco Laporta (2007), propone una tesis muy particular, por su encuadramiento intermedio entre las formulaciones teóricas de Hart y de Dworkin. Apela al denominado “derecho implícito”. Según Laporta (2007), el principio de vinculación del juez a la ley no puede ser satisfecho en los casos difíciles, en los cuales el ordenamiento jurídico no da una respuesta explícita para el mismo. Sin embargo, esta situación no excluye que el ordenamiento dé una respuesta a partir de la noción de derecho implícito.

La noción de derecho implícito permitiría salir al paso al problema de la creación de derecho por parte del juez, pues pretende obtener la norma general que sirve de base a la decisión judicial sin implicar un acto de creación *ex nihilo* de la norma. Según Laporta (2007), derecho implícito significa: “...que al lado de, o entre, o por detrás de, las reglas que las fuentes identifican como pertenecientes al ordenamiento hay otras reglas en estado latente que se pueden obtener a partir de aquellas y ser aplicadas a un caso para el que las reglas visibles o explícitas no parezcan dar solución”(p. 213). El derecho implícito se encuentra en la relación entre de los enunciados explícitos del derecho y el sistema jurídico-institucional, entendido este como el conjunto de enunciados normativos y prácticas institucionales que integran un orden jurídico. Es decir, aunque carezcamos de una solución jurídica explícita puede existir una implícita en el todo.

El núcleo del argumento es que se pueden extraer unas normas a partir de otras. Este proceso de extracción no se lleva a cabo a partir de un proceso de inferencia lógico-deductiva, sino de un proceso de argumentación que fundamente en razones plausibles el enunciado implícito. Por ello, para Laporta (2007), la noción de derecho implícito tiene dos sentidos, a saber:

Un sentido lógico estricto, de acuerdo con el cual sería derecho implícito todo aquel conjunto de reglas implicadas lógicamente por normas explícitas, es decir, que fueran consecuencias deductivas de

alguna o algunas reglas preestablecidas; la relación del enunciado nuevo con los enunciados explícitos sería entonces una relación fuerte de deducibilidad. Y un sentido más amplio según el cual pudiera llamarse derecho implícito a normas y reglas obtenidas argumentativamente a partir del derecho explícito mediante razonamientos aceptables que, sin poseer la fuerza de la argumentación deductiva, hagan de ellas pautas que encajan o ajustan en normas del derecho explícito. Evitarían con ello la conclusión de que son pura creación *ex nihilo*. De estas normas así obtenidas podría decirse que aunque no son elementos que pertenezcan claramente a ese conjunto al que llamamos derecho vigente (como sí lo serían las obtenidas deductivamente), sin embargo bien podrían ser ingredientes potenciales del mismo (p. 213).

La relación del derecho implícito con el Derecho positivo es una relación de “coherencia”. A pesar de no ser el derecho implícito producto de una consecuencia deductiva, mantiene con el Derecho positivo ciertas relaciones de ajuste que no permiten considerarlo un producto subjetivo del juez o, un producto contingente de las circunstancias del caso individual. En consecuencia, el derecho implícito no colide con la idea de vinculación del juez a la ley, pues no implica que el decisor pueda adoptar cualquier decisión discrecionalmente, ni inventar el derecho argumentando como lo considere más conveniente a una solución que se ajuste a sus deseos. Por el contrario,

Cuando estamos en una situación de claro déficit normativo hemos de acudir al material jurídico existente, por más que éste no proporcione explícitamente pauta alguna para nuestro caso, hemos de embarcarnos en una actividad argumentativa basada en razones que puedan hacerse públicas, y hemos de llegar a una conclusión normativa, es decir, hemos de obtener una pauta normativa nueva, y en este sentido “creada”, que

sin embargo se ajuste o sea coherente con el resto de las normas del material jurídico explícito. En resumen, hemos de argumentar una norma coherente a partir del derecho implícito. Argumentar aquí tiene que significar algo más que inferir lógico-deductivamente: incluye dar razones de todo tipo en apoyo de la identificación del material implícito que va a operar como premisa, inferir a partir de él la norma nueva y mostrar que tal norma nueva es coherente con el resto del orden jurídico (Laporta, 2007,214-215).

Desde esta visión coherentista las exigencias del principio de vinculación del juez a la ley como ideal regulativo, se integran fácilmente con la idea de que el juzgador posee el “...deber moral de obtener con su raciocinio una pauta normativa en forma de regla que pueda encajar en el universo de las pautas jurídicas explícitas y pueda decirse, por ello, que es coherente con ellas” (Laporta, 2007,215). La noción de coherencia en Laporta (2012) exige el cumplimiento de tres requisitos: i) la coherencia excluye la inconsistencia lógica; ii) la coherencia pide que el enunciado nuevo se incorpore al derecho explícito sin alterar la imagen significativa del conjunto ni producir disonancias normativas claras y iii) la coherencia tiende a expresarse en la medida de lo posible en la unidad del ordenamiento o a acercarse a tal unidad.

Es posible satisfacer el principio de vinculación del juez a la ley, ante situaciones de dilema moral e indeterminación normativa, a partir del llamado derecho implícito. En tal sentido, la premisa normativa preestablecida siempre estaría presente en el derecho implícito por lo que la creación judicial nunca sería fuerte o *ex nihilo*. Como señala Laporta (2007),

El Estado de Derecho es, para empezar, el imperio de un derecho preestablecido que gobierna el fallo o la decisión de cualquier autoridad del sistema, también de la autoridad judicial. Por ello, aún en el supuesto de que la premisa mayor se extraiga dificultosamente de ese

variopinto depósito de derecho que he llamado “derecho implícito”, no puede obtenerse de forma tal que sea una pieza extraña por entero al conjunto; tiene que ser una pauta que encaje con coherencia en el sistema explícito, que tenga entre otros controles de calidad el de no ser contradictoria con alguna de las normas ya establecidas de antemano (p. 218).

No obstante, el autor considera que el principio de vinculación del juez a la ley no es un valor exhaustivo, por lo que no siempre permitiría obtener respuestas correctas en todos los casos y considerar al sistema jurídico como un todo completo y coherente. El imperio de la ley no puede satisfacer todas las demandas de juridicidad o de justicia, por cuanto posee dos limitaciones centrales, a saber:

- a. En primer lugar, “...no siempre el derecho –ni el explícito ni el implícito– suministra una respuesta jurídica al caso. La existencia de casos tan sumamente difíciles que enfrenten al juzgador con situaciones en las que carece en absoluto de normas jurídicas o principios aplicables (excepto, naturalmente, las que le habilitan para juzgar) no puede ser excluida. Es siempre lógicamente posible. Entonces el juez se ve forzado a crear derecho *ex nihilo*” (Laporta, 2007, 215) y,
- b. En segundo lugar, la respuesta que suministre el derecho vigente puede ser una respuesta injusta conforme a cánones de ética externos al propio derecho. Por lo que debe desatender su deber de aplicar la ley y buscar la respuesta justa a la luz de los valores positivizados en la Constitución. El imperio de la ley, por tanto, puede dar también respuestas injustas. A ésta problemática ya nos referimos en el capítulo anterior, por lo que sólo advertimos aquí, que el imperio de la ley es una condición necesaria pero no suficiente para la justicia. Como señala Laporta (2007), “...sin él no puede haber derecho justo, pero su presencia no garantiza la justicia de ese derecho” (p. 228).

4.6.6. Duncan Kennedy.

Un interesante aporte a la discusión sobre la posición del juez en los casos dilemáticos o conflictos trágicos, es la presentada por el autor norteamericano Duncan Kennedy (2005), en su obra “Libertad y constricción en la aplicación judicial de la ley o el Derecho”.

Según este autor, en el razonamiento legal del juez que debe decidir un conflicto entre dos opciones indeterminadas, siempre surge la pregunta de ¿Cómo salir del paso? Para Kennedy (2005), los dilemas no contraponen necesariamente a los valores de la legalidad y la justicia, pues la fenomenología jurídica es más diversa que esa relación bivalente. En tal sentido, el juez puede entrar en conflicto por una diversidad de motivos como haber aceptado un soborno, el deseo de hacer política desde su cargo, la necesidad de reconocimiento académico y, obviamente, sus convicciones sobre la justicia que pueden eventualmente colisionar con la legalidad del sistema. Todas estas circunstancias se pueden reducir a un denominador común, a saber; la colisión de la ley y las preferencias (válidas o inválidas) personales del juez. En el ejemplo que reseña en su obra “Libertad y constricción en la aplicación judicial de la ley o el Derecho”, utiliza a un juez de una Corte Federal que se niega a aplicar una ley, porque sus concepciones políticas sobre la justicia así se lo impiden.

El caso expuesto por Kennedy (2005), presenta un dilema moral enfrentado por un juez, a quien se le solicita un interdicto para restituir el paso de unos camiones pertenecientes a una compañía, cuyos trabajadores obstaculizan la salida de los mismos por estar discutiendo un contrato colectivo de trabajo, al cual la compañía no quiere atender y pretende burlar mediante la contratación de trabajadores ajenos al sindicato. En el ejemplo hipotético, la ley favorece a la compañía pero el juez considera injusto que ésta pueda burlar la ley laboral, contratando a nuevo personal mientras no finalice la negociación del contrato colectivo. Es importante destacar como Kennedy (2005) y Lariguet (2008), evidencian en sus teorías del conflicto normativo, el papel que juega el Derecho en la transformación de las instituciones

sociales y el peso que poseen las decisiones judiciales en temas tan álgidos como el progreso y el cambio social.

Para Kennedy (2005), el juez está constreñido por la ley que no puede aplicar discrecionalmente, pero que intenta inaplicar a partir de un argumento que sea conforme a su ideal de lo justo. Como señala Muguerza (2003), en su afán por construir el referido argumento,

...se unen a las motivaciones jurídicas y/o políticas del juez motivaciones psicológicas no menos poderosas, como el temor a quedar mal (por ejemplo, ante la ulterior corte de apelación de su fallo) o la aspiración a quedar bien, ya sea ante sus amigos o ante sus enemigos y tanto si falla a favor de los huelguistas (que lo verían como un hombre que antepone sus ideales a cualquier otra consideración) como si lo hace a favor de la compañía (en cuyo caso sería visto como un hombre para el que el peso de la ley cuenta en definitiva más que sus opiniones personales). La resolución óptima del conflicto sería aquella que permitiera dar satisfacción a todas esas motivaciones mediante el hallazgo de un buen argumento, un argumento que haga exclamar a la gente “Nunca pensé que me pudiera convencer de tal cosa” o, al menos, “No me ha convencido, pero me ha dado que pensar y obligado a tomarme en serio el asunto”. La resolución pésima del mismo consistiría en tener que fallar en contra de la propia conciencia. O a favor de ella pero sin argumentos o valiéndose de argumentos falaces (p. 204).

El conflicto del juez es, aplicar la ley y obedecerla ciegamente o, construir a partir de ésta, argumentos y justificaciones que fundamenten la sentencia en obsequio al ideal de la justicia. Kennedy (2005), termina identificando cinco posibles soluciones que podría adoptar el juez federal del ejemplo hipotético, las cuales resumimos de la manera siguiente:

- a. El juez puede ajustarse a la ley y desechar sus convicciones. En tal sentido emitiría la decisión a favor de la compañía pero en su sentencia podría denunciar la injusticia de la ley e inclusive, podría instar al Poder Legislativo una modificación de la misma. Todo ello, sin duda, con poco o nulo efecto práctico.
- b. El juez podría inhibirse y abandonar el caso. En este escenario no se emitiría sentencia alguna y asimismo, no se infringiría el principio de denegación de justicia (*non liquet*), pues el caso pasaría a otro tribunal para su decisión sin perjuicio de las sanciones que correspondan al juez inhibido si se considera que su actuación no es correcta. Como señala Muguerza (2003),... la cuestión crucial vendría ahora a ser cómo el juez justifica ante sí mismo el hecho de pasarle a otro la patata caliente del trabajo sucio (naturalmente, no todos los casos trágicos son igualmente trágicos ni la repugnancia que inspira una determinada ley tiene por qué extenderse a la totalidad del ordenamiento jurídico en su conjunto, pero imagino que si nuestro juez se hubiera visto forzado a aplicar una ley racial en la Alemania nazi, lo más probable sería que abandonase no ya el caso, sino la profesión, y podría por añadidura ahorrarse los escrúpulos de compañerismo para con los colegas que le sucedan en su puesto) (p.205).
- c. El juez puede decidir negar el interdicto sobre la base de lo que la ley debiera ser. En este escenario juez niega el interdicto sin encontrar una justificación jurídica a su decisión, esto es, exclusivamente sobre la base de sus convicciones morales apartándose así de la sujeción a la Ley. Obviamente, la sentencia será revocada por el tribunal superior y su condición de juez profesional desmejorada al punto de ser objeto de sanciones personales como la suspensión o la misma destitución.
- d. El juez podría decidir negar el interdicto sobre la base de un argumento jurídico carente de plausibilidad. En este caso, el juez apela a un argumento

jurídico para no quedar al margen de la sujeción a la ley, pero su argumento no puede ser aceptado pues carece de universalización y coherencia, por lo que además de ser revocada la sentencia el juez, será calificado de ignorante y poco capacitado para el cargo que ocupa, aun cuando este sienta que decidió con base a su conciencia y,

- e. El juez puede decidir negar el interdicto sobre la base de falsear los hechos del caso. En este caso, el juez estaría decidiendo conforme a la sujeción a la ley pero incurriría en un acto inmoral al pretender subsumir el caso en una norma que lleva a un resultado conforme a sus convicciones, pero que no resulta aplicable a los hechos tal y como verdaderamente ocurrieron. De nuevo, la sentencia sería revocada y definitivamente el juez sancionado.

Como se evidencia de la propuesta de Kennedy (2005), éste autor adopta una concepción del principio de sujeción del juez a la ley, en la cual subyace una visión política del derecho, donde el orden jurídico se presenta en permanente conflicto y tensión. Su propuesta es cercana al movimiento iusfilosófico vinculado al “uso alternativo del Derecho”, en el cual militaran importantes autores como Pietro Barcellona (1993). Este movimiento trató, desde un marxismo crítico, de utilizar el Derecho para contribuir a la transformación política de la sociedad en una dirección más justa, pues estaban “...persuadidos de que las prácticas jurídicas nacen al calor del conflicto de los intereses sociales y se desarrollan inmersas en tal conflicto” (Muguerza, 2003, 201).

4.7.(In) compatibilidad entre sujeción a la ley y situaciones dilemáticas.

A partir de las distintas posiciones expuestas con relación a la posición del juez frente a casos de indeterminación normativa, podemos afirmar que no existe consenso en torno al alcance del principio de vinculación del juez a la ley. En tal sentido, aun cuando se plantean varias estrategias (la discrecionalidad, las cláusulas de

cierre y la respuesta única correcta) lo cierto es que en todas ellas es cuestionable el alcance de la motivación judicial de la sentencia fundada en Derecho.

Creemos que lo que subyace a todas estas posiciones es una forma de entender e interpretar el Derecho. En efecto, cada una de estas propuestas lo que hace es reconstruir el ideal de la sujeción del juez a la ley desde una teoría de la interpretación jurídica, que permite compatibilizar este ideal regulativo de alguna manera con el deber de justificar las resoluciones judiciales o, en el mejor de los escenarios, garantizar su racionalidad. En tal sentido, creemos necesario puntualizar las siguientes reflexiones en torno a la teoría de la interpretación jurídica.

La discusión teórica en torno a la interpretación se decanta entre dos extremos que representan posiciones antagónicas y, una adicional, que busca el término medio entre ambas –la ecléctica–.

De un lado, están quienes afirman que la interpretación es una tarea de descubrimiento de un significado previo atribuido a un signo o símbolo –en nuestro caso signos lingüísticos– (una actividad cognoscitiva). Esta posición implica que interpretar es conocer un significado objetivo y preexistente.

De otra parte, están quienes consideran que la interpretación es un acto de voluntad, de libre decisión del intérprete. Esto es, quien interpreta asigna un significado a lo interpretado con base a su voluntad (una actividad voluntarista, decisionista o escéptica). En tal sentido, no existe algo así como los significados objetivos de una disposición.

Los eclécticos o intermedios sostienen que no es posible asumir cualquiera de las posiciones extremas, pues las disposiciones normativas, en cuanto expresiones lingüísticas, pueden adoptar estructuras claras, de donde se obtengan interpretaciones unívocas (correctas, objetivas) o estructuras oscuras, de donde no se pueda deducir con claridad su significado (interpretaciones razonables). Por ello, la tarea del intérprete en algunas ocasiones es verdaderamente un acto de descubrimiento (casos fáciles) y en otras (casos difíciles) una labor de voluntad donde opera su

discrecionalidad.

De manera que, una primera exigencia metodológica para evitar equívocos innecesarios en el estudio de la interpretación jurídica, es distinguir las situaciones donde la estructura lingüística es ambigua de aquellas donde no lo es. Ni en todos los casos es posible apelar a los recursos semántico o sintáctico, ni en todos ellos, es posible obviar su utilidad para resolver un problema de interpretación. Como cualquier otro lenguaje, el jurídico adolece de las mismas deficiencias estructurales del lenguaje general u ordinario. Como señala Tosta (2012),

Las normas se elaboran en lenguaje ordinario, que no es unívoco. Por eso, hay un margen considerable de indeterminación en ellas, que es indispensable resolver para poder aplicarlas (p. 142).

Por otra parte, debe advertirse que muchas teorías de la interpretación jurídica, asumen ciertos presupuestos normativos como, por ejemplo; que el sistema jurídico es coherente y pleno. Este requisito supone la existencia de un legislador racional que no se contradice y no incurre en lagunas. Conceptualmente, esta idea del legislador racional no podría sostenerse más que como una idea regulativa de la realidad, pero nada más. Por ello, compartimos con Tosta (2012) que,

...las leyes son obras humanas y no se puede descartar la posibilidad de error o contradicción en el trabajo legislativo. Es posible que una misma norma aporte indicios que permitan percibir contradicción entre lo que se dice en algún pasaje y el propósito general de la disposición. También puede presentarse el caso de dos normas de igual jerarquía y de una misma fecha (por ejemplo en un mismo texto legal), que se contradigan la una o la otra. El intérprete tiene que escoger en estos casos lo que va a tomarse como norma aplicable (p. 142).

La interpretación de los textos jurídicos se produce dentro de un sistema acotado de presupuestos normativos que, en no pocas ocasiones, llevan al intérprete a asumir posiciones dogmáticas. Lo fundamental es que estos presupuestos, como la

idea del legislador racional o, de la respuesta única correcta en Derecho, no siempre son posibles en todos los casos, ni en la misma medida.

En efecto, en los casos calificados como difíciles, es necesaria una labor adicional de justificación, si queremos mantener dentro del marco del discurso racional a la interpretación jurídica. No obstante, esta es una discusión que divide a la doctrina y que nosotros no abordaremos, sin perjuicio de asumir posición por la concepción racionalista. En nuestro país, Tosta (2012) se destaca por su defensa a favor del denominado voluntarismo interpretativo, según el cual,

...Son muchos los casos en los cuales se necesita una labor de interpretación. La teoría general del Derecho tradicional propone una gran variedad de métodos para realizar la tarea, suponiendo que es posible encontrar, mediante un procedimiento racional, un único sentido correcto para la norma. KELSEN niega que se trate de un procedimiento racional y que haya una única interpretación válida. Y en gran medida tiene razón (p.142).

En oposición, Delgado Ocando (2008) destaca que siempre puede deducirse un significado correcto de los textos ambiguos. En su opinión, siempre existe una finalidad precisa que se deriva de la institucionalidad política de una comunidad jurídica. Desde la perspectiva hermenéutica, asumida por Delgado Ocando, es posible un arribar a una respuesta correcta, propia de las tesis dworquiana. En tal sentido,

Ni el legislador resuelve jurídicamente conflictos concretos ni los jueces sancionan las normas que constituyen el derecho aplicable. La tarea de interpretar el Derecho, cuando no es claro y preciso, la llevan a cabo los tribunales tratando de descubrir, en cada caso, lo que el legislador ha querido establecer. Desde luego que el lenguaje empleado puede dar lugar, por su propia naturaleza, a la ambigüedad y el equívoco, pero hay siempre una finalidad, una intención, un querer cuya

elucidación permitirá al intérprete aproximarse al significado correcto de la norma (p. 115).

En conclusión, las distintas concepciones de la interpretación jurídica pueden entonces categorizarse a partir de las siguientes teorías: 1) las teorías cognoscitivistas; 2) las teorías escépticas; y 3) las teorías intermedias.

Siguiendo a Martínez (2010), podemos agrupar a todas las teorías de la interpretación, a partir de cuatro categorías derivadas de la Filosofía del Lenguaje y la Teoría del Derecho. Estas categorías, nos permiten entender los presupuestos conceptuales que subyacen en las concepciones de la interpretación antes mencionadas y facilitan su estudio.

Desde la perspectiva de la Filosofía del Lenguaje las teorías de la interpretación asumen o una concepción esencialista o una concepción convencionalista del lenguaje. Desde la Teoría Jurídica, asumen el formalismo o escepticismo normativo. Vale la pena destacar que, en no todos los casos, estas posiciones se asumen en sentido puro o fuerte, pues se matizan los presupuestos conceptuales y, en muchas ocasiones, son adoptados sólo en un sentido débil (como se verá en el caso de las teorías intermedias).

Para el esencialismo lingüístico existe un vínculo natural o necesario entre las palabras y sus significados. De esta forma, cada palabra posee un significado correcto o verdadero. En consecuencia, las palabras no pueden ser usadas de cualquier forma, pues poseen un significado objetivo. Interpretar correctamente una disposición normativa es conocer su significado real. Los esencialistas se comprometen con una concepción de verdad como correlación con la realidad.

En contraposición al esencialismo, las posiciones convencionalistas sostienen que no hay una conexión natural entre las palabras y su significado, sino que tal relación deriva de su uso por parte de una comunidad de hablantes. En otras palabras, los significados dependen del uso de las palabras.

Desde la perspectiva de la Teoría Jurídica, el formalismo maneja una

concepción holística del Derecho que parte de premisas normativas –no siempre existentes en la práctica-, que suponen compromisos fuertes del intérprete con una visión sistémica del ordenamiento jurídico. Estas premisas normativas asumen que el sistema jurídico es: 1) pleno, no posee vacíos o lagunas; 2) coherente o consistente, por tanto, no presenta antinomias o contradicciones normativas y; 3) siempre establece una respuesta correcta para cada caso. En esta visión, la aplicación del Derecho es una actividad limitada a la atribución de significado de las expresiones lingüísticas y, por tanto, no hay lugar a la discrecionalidad del intérprete. El juez u otro operador jurídico, se equiparan a un autómatas.

Del otro lado, los escépticos renuncian a la idea de unidad del sistema jurídico y a la idea regulativa –fuerte- del legislador racional, asumiendo que: 1) no existe algo parecido a una respuesta única, pues las disposiciones normativas como expresiones lingüísticas son vagas, ambiguas y dotadas de carga emotiva, por lo que el Derecho es indeterminado, presenta lagunas y contradicciones; 2) el Derecho no son las disposiciones normativas sino las interpretaciones que los operadores jurídicos hacen de las mismas y, en particular, las que hacen los jueces y; 3) los jueces en tanto intérpretes del Derecho gozan de discrecionalidad absoluta, en consecuencia, en la determinación de la norma aplicable, responden no sólo a condicionamientos jurídicos sino a consideraciones políticas, morales, religiosas, etc.

Cada una de las teorías de la interpretación jurídica que expondremos a continuación, asumen en mayor o menor medida las premisas conceptuales que anteceden, tanto en relación a la concepción del lenguaje como a la teoría jurídica.

Los cognoscitivistas parten de la idea de que las disposiciones normativas expresan un significado único, objetivo y correcto. Obviamente esto presupone que el significado (la norma) preexiste a la actividad del intérprete. Se trata en pocas palabras de una actividad de descubrimiento del significado auténtico, real o verdadero de las palabras y los signos lingüísticos utilizados por la autoridad normativa que ha dictado la disposición. Bajo esta visión de la actividad aplicativa

del Derecho, habría que concluir que existen interpretaciones correctas o verdaderas por un lado e, incorrectas o falsas, por el otro. Para un cognoscitivista se interpreta “bien” una disposición normativa si se establece su verdadero significado.

La concepción del lenguaje que asumen los cognoscitivistas es el esencialismo lingüístico. Sin embargo, tal concepción es muy cuestionada en el propio ámbito de la filosofía del lenguaje. Por sólo destacar una debilidad fundamental de esta visión tendríamos que decir que no explica la existencia de distintos idiomas. Como señala Martínez (2010):

Que diferentes personas utilicen distintas palabras (por ejemplo libro, libre, book, etc.) para referirse a un mismo tipo de objetos, pone seriamente en cuestión que exista un vínculo natural entre las palabras y sus significados. De modo similar, sería complicado explicar los fenómenos del cambio de significado de un mismo término. Por ejemplo, en la actualidad se acepta sin demasiados problemas que los libros electrónicos también se incluyen en el significado de la palabra libro, pero esto no era así hace tan sólo unas pocas décadas. Si se sostiene una concepción esencialista, habría que afirmar que alguno de esos significados de libro (ya sea el que incluye el libro electrónico o el que no lo incluye) no es el auténtico significado de esa palabra (p. 50).

De otra parte, las teorías cognoscitivistas se vinculan a una concepción del derecho formalista, razón por la cual conciben la interpretación como una actividad de descubrimiento de un significado objetivo. En consecuencia, el intérprete no tiene discrecionalidad alguna al momento de su interpretación.

Las teorías cognoscitivistas suelen identificarse con la Escuela del Positivismo Jurídico, aunque en realidad es necesario matizar dicha inferencia y, distinguir lo que el formalismo propone como concepción de los postulados de la Escuela Positivista. En particular, de la renovación de tal escuela, a través de autores contemporáneos como Hart, que forman parte del denominado post positivismo. En todo caso, el

factor de conexión entre ambas visiones, estaría en su concepción del derecho como conjunto de normas dictadas por la autoridad competente, así como la sujeción o vinculación del juez a la ley.

La conexión del formalismo y la Escuela Positivista desaparece una vez que ambas fijan posición en torno a la discrecionalidad del juez. Mientras los formalistas niegan tal potestad, los positivistas las predicán sin ambages e, incluso, la justifican como necesaria, ante las lagunas o vacíos del ordenamiento jurídico y el deber del juez de resolver las controversias que se le plantean.

Los seguidores de las teorías escépticas asumen sin ambages que la tarea del intérprete consiste en asignar libremente el significado a los textos interpretados. Por tanto, interpretar no es descubrir ni conocer lo que significan las palabras contenidas en las disposiciones normativas. Interpretar es un acto de voluntad, una decisión del intérprete, en una palabra, un acto de creación. La discrecionalidad no sólo es posible, sino que es en esencia, en lo que consiste la actividad interpretativa.

No puede concluirse que existan interpretaciones correctas o incorrectas, sino que unas interpretaciones son más aceptadas que otras. Esta aceptación se refiere a su suscripción o adhesión por parte de los miembros de una comunidad jurídica (jueces, doctrinarios, abogados, etc.).

Esta clase de escepticismo es irracionalista en la medida en que no existe la posibilidad de construir intersubjetivamente alguna clase de noción de verdad, esto es, de realidad objetiva, más allá de la adhesión que suscite la interpretación entre la comunidad jurídica. Por ello, sería imposible establecer criterios de corrección a las interpretaciones de los escépticos, porque no tendríamos un marco objetivo en el cual pretender hacer valer una justificación mejor que otra (Visión fundamentalista).

La pretensión de corrección (de convencer) supone un marco de referencia común entre los intervinientes en el proceso de interpretación, de donde se deduzcan parámetros de evaluación de los argumentos interpretativos. Por este motivo, los escépticos pueden apelar libremente a consideraciones políticas, religiosas y morales

como fundamento de sus interpretaciones.

Las teorías escépticas se asocian al denominado realismo jurídico –Escuela del Realismo Jurídico- y a la Escuela de los Critical Legal Studies. Los representantes más destacados de esta posición son los italianos Guastini (2002) y Tarello (1980), así como los anglosajones Kennedy (2005) y Olivercrona (2007).

Desde la perspectiva de la Filosofía del Lenguaje, los escépticos son convencionalistas. Es decir, las palabras significan lo que convencionalmente establezca la comunidad de hablantes. Todo significado es consecuencia del uso que se haga del significante –pragmática-. Como señala Martínez (2010),

Las teorías escépticas tienen el mérito de señalar la cierta ingenuidad e idealización de l derecho propia de las teorías cognoscitivistas, llamando la atención sobre el hecho (difícilmente cuestionable) de que los intérpretes y aplicadores del derecho pueden tener (al menos en algunos casos) cierto ámbito de discrecionalidad. No obstante, pierden bastante plausibilidad al llevar sus posiciones al extremo, sosteniendo la indeterminación radical y absoluta discrecionalidad de los intérpretes en todos los casos (p. 53).

La señalada ventaja de los escépticos se convierte en un problema insuperable para el orden jurídico, en la medida que a cualquier expresión pueda atribuírsele cualquier significado, por cuanto elimina toda posibilidad de seguridad jurídica y deviene en imposible la comunicación, autorizando a que cada interprete entienda lo que quiera en cada caso.

Quizás, la mayor crítica que se puede hacerse a este tipo de realismo, está en el hecho de que la interpretación no queda en manos de los que interpretan las disposiciones normativas, sino en los intérpretes de los mandatos que derivan de éstas, pues también los referidos mandatos, en cuanto expresiones lingüísticas, requieren de interpretación para ser ejecutadas materialmente. En ese sentido, la sentencia no sería el Derecho, sino lo que consideren los funcionarios encargados de

ejecutarlas.

La teoría jurídica que subyace a las teorías escépticas es el realismo jurídico. Se asume que el Derecho está radicalmente indeterminado y nunca ofrece una única respuesta correcta. El Derecho son las decisiones judiciales y no las disposiciones normativas, por lo tanto, jueces e intérpretes en general, gozan de discrecionalidad absoluta para determinarlo.

En nuestro país, Delgado Ocando (2012) se ha referido a las posiciones escépticas, indicando que éstas renuncian al establecimiento de interpretaciones verdaderas o falsas, pues

La norma, dicen, ofrece múltiples significados posibles entre los que el intérprete escoge, más como un acto de su voluntad. Algunos llevan la tesis hasta el punto de sostener que las normas no son el objeto de la interpretación sino el resultado de ella (p. 68).

Es justo destacar que, el profesor Delgado Ocando, no pertenece a las filas de las escuelas escépticas. Por el contrario, asumiría una posición comprometida con la teoría política que subyace a la Constitución y a la moralidad institucional de una comunidad política, como presupuesto necesario para derivar la finalidad de las normas problemáticas que deben ser interpretadas. Lo cual supone construir su interpretación correcta o válida.

Las denominadas teorías intermedias no asumen una posición radical o fuerte, en torno a los supuestos conceptuales derivados de la Filosofía del Lenguaje y la Teoría Jurídica que subyace a la interpretación jurídica, lo cual, permite una integración más armónica de las demandas de racionalidad y contingencia, que enfrenta la actividad interpretativa.

Las teorías eclécticas o intermedias asumen que la interpretación es, en algunos casos, actividad cognoscitiva y deriva en significados correctos o verdaderos y, en otros, actividad voluntaria del intérprete. Esta distinción, coincidiría con la calificación de casos fáciles o difíciles expuesta anteriormente.

No obstante, en ambos supuestos –casos fáciles y casos difíciles-, no se trata de pura actividad cognoscitiva ni voluntarista, es más bien, predominantemente cognoscitiva o predominantemente voluntarista pues, en ambos supuestos, el intérprete se vincula a una Teoría del Leguaje que le permite reconocer significados correctos y, asimismo, a una Teoría Jurídica que reconoce situaciones de indeterminación de las normas, capaces de suscitar inconsistencias en el sistema jurídico, las cuales pueden ser resueltas mediante la apelación a criterios de corrección intersubjetivos, comunes a todos los miembros de una comunidad de habla. Como señala Martínez (2010),

La idea es que en ciertas ocasiones el significado de las disposiciones normativas es lo suficientemente claro y determinado como para hablar de interpretaciones correctas e incorrectas, en la medida en que la interpretación adoptada se ajuste o no a los parámetros de este significado objetivo (o más bien intersubjetivo), mientras que en otras, no es posible determinar unos límites precisos para poder discriminar claramente entre interpretaciones correctas e incorrectas, en la medida en que la interpretación adoptada se ajuste o no a los parámetros de este significado objetivo (o más bien intersubjetivo), mientras que en otras, no es posible determinar unos límites precisos para poder discriminar claramente entre interpretaciones correctas e incorrectas, con lo cual es el intérprete quien toma una decisión, y en la que goza de cierto grado de discrecionalidad (p. 54).

En efecto, en cuanto a la concepción del lenguaje se asume que el convencionalismo no deriva en una indeterminación absoluta, pues las palabras o las expresiones de un lenguaje determinado no poseen cualquier significado dentro del mismo. Esto es lo que podemos llamar “núcleos de certeza”, que vendrían a ser los significados correctos de las palabras dentro de un lenguaje determinado. Por ejemplo, cuando interpretamos la expresión “avión”, no pensamos en un elefante o en una

jirafa. Estos “núcleos de certeza” del lenguaje nos permiten arribar a cierto tipo de interpretación correcta y, en consecuencia, permiten distinguir las incorrectas.

Sin embargo, el lenguaje no está conformado únicamente por palabras y expresiones incluidas dentro del “núcleo de certeza”, sino que adolecen de indeterminación en tanto expresiones lingüísticas. En efecto, no todas las expresiones lingüísticas son suficientemente determinadas como para permitir interpretaciones sencillas y sin discusión acerca de su significado. Esto no significa que respecto de las mismas no se pueda arribar a interpretaciones correctas o verdaderas, lo que ocurre es que pueden ser varias y no una (única respuesta correcta) las posibles interpretaciones correctas. Por ejemplo, cuando utilizamos la expresión “testigo” no pensamos en la prueba de experticia. Sin embargo, existe como prueba libre, la figura del testigo experto. Este medio de prueba, consiste en una declaración efectuada por persona natural, que examina y califica determinados hechos que no presenció, a partir de sus conocimientos científicos en la materia. Otro ejemplo interesante es el siguiente: un semáforo no puede ser calificado bajo la noción de escultura, pero si a una escultura cualquiera, se le colocan los dispositivos propios de un semáforo – luces-, podríamos decir que es un semáforo o, seguiríamos calificándola, como una escultura con luces a pesar que dichas luces operan con el sentido del primero.

Lo que queremos destacar es que al lado del “núcleo de certeza” existe una “zona de penumbra” que involucra determinar si ciertas características de una expresión o concepto pertenece a un objeto o, por el contrario, si ciertos objetos entran dentro del ámbito de propiedades de un concepto o expresión. Como señala Martínez, 2010),

En síntesis, si nos movemos en el ámbito de la interpretación jurídica, puede sostenerse que toda interpretación de una disposición normativa que excluya objetos o situaciones pertenecientes al núcleo de certeza que incluya otros claramente excluidos de éste, según los usos lingüísticos de la comunidad (en este caso la comunidad de los juristas),

es una interpretación incorrecta y por lo tanto injustificada. Toda interpretación, para ser correcta, debe respetar el núcleo de certeza (no incluir supuestos que claramente estarían dentro de dicho núcleo) (p. 55).

La concepción del Derecho subyacente a las teorías intermedias supone que: 1) el sistema jurídico está parcialmente indeterminado y, por ello, posee casos donde ofrece una única respuesta correcta y otros casos, donde esto no es así por cuanto presenta lagunas normativas y contradicciones; 2) los jueces gozan de una discrecionalidad limitada, pues ésta es sólo aplicable a los casos donde existen defectos del sistema normativo y, en consecuencia, no existe una única respuesta correcta. Esta discrecionalidad no implica arbitrariedad, por el contrario, supone argumentar –justificar– la interpretación adoptada.

En conclusión, en la concepción intermedia de la interpretación jurídica es fundamental la distinción entre casos fáciles y casos difíciles. Sólo en los casos fáciles es posible aplicar mecánicamente el silogismo jurídico, pues hay una respuesta claramente predeterminada. En los casos difíciles, existe cierta discrecionalidad del intérprete, que no equivale a arbitrariedad o voluntarismo del mismo, pues responde a un esquema discursivo que dota de justificación racional a la respuesta obtenida.

En nuestra doctrina, podemos calificar dentro de la teoría intermedia de la interpretación jurídica a Tosta (2012), quien sin asumir las premisas conceptuales del escepticismo, reconoce que la interpretación jurídica puede ser en algunos casos puro voluntarismo. Es decir, podríamos calificar a esta autora como escéptica moderada o intermedia impura o con matizaciones.

Tosta (2012), asume tácitamente la distinción entre los casos fáciles y casos difíciles, señalando que, en estos últimos el intérprete se encuentra en la necesidad de escoger entre varias alternativas de sentido, sin posibilidad de apelar a método racional alguno. En efecto, para ésta autora, la interpretación jurídica tendría dos etapas. En su opinión,

En una primera etapa de su labor, el intérprete debe fijar las posibles interpretaciones de la norma. Sería ilegítimo que incluyera opciones no permitidas por la norma; por eso debe comenzar por hacer explícitas las alternativas válidas de interpretación. En esta fase pueden ser útiles las recomendaciones de los métodos tradicionales: esto es, considerar los elementos gramaticales, lógicos, sistemáticos, históricos, etc. Debe precisar el significado y la ubicación de las palabras en la oración; debe considerar el lugar que la norma ocupa dentro del sistema jurídico y la conexión con otras normas; puede consultar el diario de debates del órgano legislativo, los de las comisiones encargadas de elaborar proyectos, los textos legales que pudieron ser fuente de inspiración de la norma, etc. Toda esta labor supone una actividad racional por parte del intérprete (p. 143).

En esta primera etapa, el Derecho es aplicado y determinado racionalmente, a partir de reglas de la lógica y las inferencias efectuadas por el intérprete, desde el material normativo y fáctico del caso concreto. Las disposiciones normativas son susceptibles de interpretación desde la semántica y la sintáctica sin problema alguno, no se resisten a ser interpretadas. Sin embargo,

Agotada esta etapa, es posible que él se encuentre en la necesidad de escoger entre varios significados, cualquiera de los cuales constituye una interpretación legítima de la norma. Esta escogencia es ya un momento no puramente racional, donde opera la voluntad (Tosta, 2012,43).

Agrega la autora, que esta imposibilidad de determinación racional destruye toda posibilidad de certeza jurídica, pues el intérprete es libre, en el marco de su actividad creadora, de determinar el Derecho. Por ello,

En este punto, ¿qué puede guiar la voluntad del intérprete? Sin duda, aquí van a influir sus convicciones morales, políticas, etc. ¿Cómo

ponerle límites? Al parecer, no hay forma de certeza de lo que va a suceder. La interpretación, en última instancia, queda librada a la voluntad del interprete (Tosta, 2012,143).

En esta segunda etapa, propia de los casos difíciles, la autora admite que ya no es posible apelar a un método racional, para determinar el sentido de la disposición normativa. La proposición interpretativa es producto de la voluntad del intérprete, es una creación que refleja sus deseos, sus convicciones morales o políticas. En consecuencia, como ella misma lo destaca “...no hay forma de certeza de lo que va a suceder... (Tosta, 2012,143).

A la luz de las consideraciones expuestas en relación a la teoría de la interpretación del Derecho, se abren dos posibles interpretaciones del principio de vinculación del juez a la ley, en las situaciones de dilema e indeterminación normativa: i) que la sujeción del juez a la ley implica no sólo el deber de decidir sino de hacerlo justificadamente, por lo que este principio es incompatible con las situaciones de dilema e indeterminación y ii) que la sujeción del juez sólo alcanza el deber de decidir más no de hacerlo siempre justificadamente, por lo que el principio es compatible con las fórmulas que autorizan la discrecionalidad y cualesquiera otros remedios contingentes como las cláusulas de cierre o el derecho implícito (respuesta única correcta).

Si se renuncia a entender el principio de vinculación del juez a la ley como un principio normativo, la posición moderada sería aceptable desde el punto descriptivo e igualmente conceptual, pues los jueces deben resolver todos los casos que se le presentan adoptando decisiones que, en muchas oportunidades no cuentan con una argumentación clara e indiscutible. Todo ello, al margen de la idea de sacrificio de opciones valiosas que subyace, como argumento de fondo, a la imposibilidad de fundar en Derecho una decisión justa, aun en los conflictos normativos simples.

Veamos ahora el alcance de las dos posiciones con más detalle y sus consecuencias prácticas.

4.7.1. Tesis fuerte (Incompatibilidad).

Según esta posición las situaciones de dilema e indeterminación normativa son incompatibles con el principio de vinculación del juez a la ley. Esta posición supone que la sujeción del juez no se limita al deber genérico de decidir los casos que se le presenten, sino de decidirlos justificadamente y con fundamento en el Derecho.

Al no poder darse una motivación conforme a la ley el juez incumple su deber de decidir de forma imparcial y, en consecuencia, favorece arbitrariamente la posición de una de las partes que no está favorecida por el Derecho. Esta situación conduciría a que el juez declare el caso como no decidible, como un caso “político” en el cual su decisión invadiría la esfera del Poder Legislativo.

Dentro de esta línea argumentativa se incluirían los autores que defienden la “objeción de conciencia judicial” o los que afirman la posibilidad de que los jueces se inhiban hasta generar una suerte de desobediencia civil al deber de decidir. Esto es desde el punto de vista práctico contraintuitivo, pues la práctica judicial indica que los jueces deciden todos los casos por ser ésta su función político-constitucional, asumiendo que, aun cuando crean Derecho, sólo lo hacen para el caso individual y eso los diferencia del legislador.

Mención aparte merecería el sistema del precedente obligatorio existente en algunos ordenamientos jurídicos como el venezolano, pues dispositivos como el 335 de la Constitución constreñirían la voluntad de los jueces en casos futuros, por lo que el precedente es una verdadera norma general hasta que sea derogado por el legislador.

Finalmente, la tesis de la incompatibilidad sería más consistente con la idea de sacrificio defendida por autores como Lariguet (2008), como elemento necesario y suficiente de las situaciones de dilema. En efecto, si el juez carece de una norma que permita adjudicar los derechos claramente, es evidente que su decisión

sacrificará alguna posición valiosa porque será igualmente injustificada como la que se desecha en tanto perdidosa.

4.7.2. Tesis moderada (Compatibilidad).

La tesis moderada afirma que la sujeción del juez a la ley sólo alcanza el deber de decidir de este, pero no la obligación de decidir fundado en el derecho preexistente. Esta posición asume el principio de vinculación del juez a la ley como un ideal conceptual de la función judicial, aunque nosotros creemos que pudiera afirmarse que sería tanto un ideal regulativo y un presupuesto conceptual como una disposición prescriptiva de la misma.

En términos generales, los jueces deben decidir y deciden todos los casos que se le presentan, con independencia de que la respuesta en muchos de ellos sea dudosa o incluso carezca de base normativa en el sistema jurídico. De allí, que se aleguen distintas fórmulas interpretativas del ordenamiento jurídico muchas veces típicas de ciertas concepciones del Derecho, como la interpretación sistemática o la histórica. Todas ellas, son construcciones teóricas que encubren la labor creativa del juez en mayor o menor medida.

Bien se asuma la clásica justificación de la discreción judicial o la sofisticada tesis de la respuesta única correcta, el juez Hércules y el juez Herbert integran desde diversas perspectivas, elementos nuevos al sistema que no existían antes de su intervención como aplicadores del mismo.

A nivel de los Tribunales Constitucionales esta posición conduce a la creación de normas dentro del ordenamiento jurídico, las cuales en muchas oportunidades reformulan el sistema, poniendo en tela de juicio el papel del principio de separación de poderes y dislocando el punto de flexión entre lo político y lo jurídico. No en balde un autor como Andre Garapon (1997), ha denominado ésta tendencia como: la sustitución del ruido de los sables por el murmullo de las togas dentro de los sistemas democráticos.

La tesis moderada no toma en consideración la idea de sacrificio concernida en algunas clases de situaciones dilemáticas, pues la pretensión de completitud del sistema que defiende, como idea regulativa, descarta como incorrecta a todas las opciones perdidosas y, en consecuencia, diluye la apariencia de conflicto de las argumentaciones contradictorias.

CONCLUSIONES.

Analizadas las distintas relaciones conceptuales que se presentan entre la noción de dilema moral y el principio de la sujeción del juez a la ley, podemos afirmar como conclusiones de la presente investigación, las siguientes:

- a. Un sistema normativo óptimo debe ofrecer una solución unívoca para todo supuesto posible de conflicto, pero asimismo debe garantizar que todas las reglas del sistema se encuentren justificadas desde un punto de vista sustantivo, a partir de una teoría normativa.
- b. Las teorías que justifican las normas de los sistemas jurídicos son de tipo moral, ya que como evidenciamos el ordenamiento constitucional contemporáneo es un sistema de normas axiologizado.
- c. En los casos de dilema moral el sistema normativo que sirve de base de justificación de las reglas, deja indeterminada la cuestión de qué alternativa es la correcta en esa clase de situaciones de conflicto normativo.
- d. A partir del concepto de “obligación moral” desarrollada por Zimmerman (1996), la discusión acerca de los conflictos y dilemas puede adaptarse sin excesivas dificultades a otros ámbitos del razonamiento práctico. En tal sentido, hemos adoptado un concepto de “dilema”, como equivalente a “...una situación de conflicto en la que el sistema no puede determinar la obligación definitiva a partir de las obligaciones *prima facie* en conflicto, o, en otras palabras, la situación en la que existen varias obligaciones no-vencidas (*non-overriden*) incompatibles.” (Martínez, 2007,292).
- e. Hemos demostrado que los argumentos relativos al residuo moral(residuo psicológico, residuo normativo y mal inevitable), no permiten determinar la posibilidad y existencia de los dilemas morales, pues su condición de presupuestos conceptuales es contingente y no permite diferenciar éstas situaciones de las de conflicto normativo simple.
- f. En los dilemas de empate y de incomparabilidad es posible, a partir de la

noción de obligación moral, adoptar cualquier curso de acción en conflicto pues existe una permisón en sentido moral y una obligación disyuntiva entre las opciones incompatibles. En estos supuestos de dilema el sistema no ofrece una solución unívoca y determinada al conflicto.

- g. La indeterminación normativa conlleva al incumplimiento del deber de sujeción del juez a la Ley. Ello, por cuanto resulta imposible controlar en estos casos su actuación, a partir de una práctica judicial en la que existen situaciones que pueden ser resueltas conforme a Derecho, pero en sentidos diversos.
- h. En los dilemas morales no puede cumplirse la sujeción del juez a la ley porque éstos son resueltos con la producción de una norma jurídica de origen no legislativo, aun cuando sea presentada como significado de una disposición normativa preexistente.
- i. La producción normativa de origen judicial colide con la tradicional distinción entre función legislativa y función judicial en el Estado de Derecho. Aunque la libertad del Parlamento suele destacarse como uno de los rasgos principales de la función legislativa frente a la sujeción del juez a la ley, en el constitucionalismo moderno, el órgano legislativo se encuentra tanto vinculado a la Constitución como a las fuentes del Derecho autorizadas por ésta. En tal sentido, lo característico de la función legislativa sería la obligación de utilizar las fuentes del Derecho para la producción de disposiciones normativas, mientras que en la función judicial sería la obligación de utilizar esas disposiciones normativas para la producción de las normas jurídicas.
- j. El deber de motivar las sentencias se circunscribe a la justificación interna del contenido del fallo a partir de razones. Si estas razones están expresadas en enunciados normativos de carácter jurídico, las mismas pertenecen al sistema de fuentes por lo que el juez no crea Derecho. Por el contrario, si las razones

no se deducen de los enunciados expresos, el juez entra en el ámbito de la legislación y crea Derecho

- k. El juez no es sólo la “boca de la ley”. Él y todos los intérpretes del Derecho enfrentan problemas que no son tan simples como para poder resolverlos mediante este esquema mecanicista. Aplicar el Derecho no se reduce a determinar una premisa normativa y una premisa fáctica, sin perjuicio de que este modelo de razonamiento posea fuerza heurística e implique un método racional para dar cuenta del origen de la decisión final. El silogismo no es un método para tomar decisiones sino un método que explica cómo éstas son adoptadas, de ahí que se predique su carácter heurístico.
- l. La mayor dificultad que enfrenta la visión mecanicista de la aplicación del silogismo, es que la justificación de los argumentos jurídicos no puede sostenerse exclusivamente de la dimensión lógica. Si esto fuera posible, los nazis habrían actuado válidamente en los campos de concentración, a partir de la aplicación del Derecho vigente en la Alemania de la Segunda Guerra Mundial. Por ello, reducir la sentencia judicial al silogismo judicial promueve una peligrosa relación entre ambos términos.
- m. Quienes atribuyen a la labor del intérprete una función creativa del Derecho, suelen asignar al silogismo un valor conceptual que no posee. En efecto, si la norma es deducida por el juez como actividad creadora, es común pensar que el método silogístico justifique el resultado de tal actividad más que explicarla.
- n. La justificación de la conclusión o de la decisión jurídica como argumento deductivo y, en general, como un caso particular de la razón práctica, tiene dos distintos aspectos, a saber: la justificación interna y la justificación externa del argumento (Wróblewski, 1974).
- o. La justificación interna se refiere a la corrección lógica-deductiva del razonamiento. Es decir, que la conclusión se subsuma en las premisas

normativas y fácticas del enunciado normativo aplicable al caso concreto. La justificación interna se cumple cuando la conclusión se deduce formalmente en términos lógicos de las premisas.

- p. La justificación externa se refiere a la adecuación de las premisas a la mejor teoría aplicable al caso, a las disposiciones y normas que resulten correctas, adecuadas, ajustadas al ordenamiento jurídico. Esto es, que las premisas de las cuales se deduce la decisión –los argumentos- sean las correctas, las adecuadas, para lo cual deben darse razones –las mejores- que justifiquen su selección. Como señala Martínez (2010), “...un argumento precisa de los dos elementos (justificación interna y externa) para ser un argumento correcto o justificado (en otras palabras, para ser un buen argumento). Se trata, con todo, de dos aspectos totalmente independientes: un argumento puede ser correcto desde el punto de vista de su justificación interna pero no desde la externa, o viceversa (e igualmente, puede no estar justificado desde ninguno de las dos perspectivas, o estarlo desde ambas) (p. 33).”
- q. En los casos fáciles o claros la justificación de la respuesta no plantea problemas de justificación, en la medida en que sus premisas normativas y fácticas no plantean problemas de identificación. En oposición, en los casos difíciles, los problemas que afectan la identificación de las premisas normativas y fácticas exigen una justificación adicional –no meramente lógica-, que hace imposible la aplicación mecánica del silogismo jurídico.
- r. En todos los casos, el juez y el intérprete del Derecho deben inferir deductivamente de la premisa normativa y de los hechos del caso individual, la respuesta aplicable que establece la calificación deóntica de la conducta identificada.
- s. Si las críticas al silogístico jurídico se fundan en cualidades que éste no tiene ni pretende tener, no es posible desacreditar su fuerza heurística. Si la crítica se dirige a la forma en que los jueces justifican externamente sus decisiones,y,

en general, sus interpretaciones de la ley, no es correcto atacar el método deductivo, ya que éste es ajeno a la justificación de las premisas adoptadas en un caso concreto.

- t. Además de la consistencia lógico deductiva el intérprete debe formar en muchos casos las premisas, pues la norma aplicable no se presenta a priori “silogísticamente estructurada”. Por ello, se requiere también de la coherencia argumentativa respecto de las reglas del discurso. En conclusión, el silogismo es un método heurístico que permite explicar cómo se toman las decisiones en el ámbito del Derecho y, en especial, en la construcción de una sentencia judicial. Sus limitaciones son conceptuales no normativas ni analíticas. La justificación de la mayoría de las interpretaciones jurídicas se deduce de un procedimiento discursivo, donde entra en juego la argumentación junto al proceso lógico deductivo, una vez que son identificadas las premisas normativa y fáctica del argumento.
- u. Si el juez se atiene al sistema de fuentes para motivar su sentencia en los casos de dilema, será imposible que llegue a satisfacer éste deber que le impone la sujeción a la ley, porque el sistema de fuentes es indeterminado y no le ofrece pautas normativas suficientes para hacerlo. Por otra parte, al abandonar el sistema de fuentes y tratar de motivar su fallo en razones normativas extrañas a él, incumpliría de plano el deber de sujeción a la ley. Como señala Laporta, (2007) “...en ambos casos nos veríamos abocados a afirmar que el juez tiene que crear derecho, es decir, tiene que inventar un derecho que no le proporciona el sistema de fuentes pero que le sirve para motivar su decisión.” (p. 213)
- v. La existencia de un sistema jurídico pleno, consistente e independiente (sin lagunas, sin contradicciones y no redundante), resulta complicado a partir de textos constitucionales axiológicamente plurales, que despliegan sus efectos jurídicos plenos en todos los Poderes Públicos en tutela de valores plurales.

- w. La incidencia que ha tenido esta nueva concepción neoconstitucional del ordenamiento jurídico en la labor jurisdiccional (en el plano del razonamiento judicial y de la justificación de sus decisiones), eclipsa la aplicación mecánica de la ley dirigida a obtener siempre una respuesta unívoca y clara, al punto que la misma ya no se identifica con la función de los jueces, pues las nuevas realidades jurídicas implican normas de principio, con dimensiones de peso, aplicación optimizada y necesidades de armonización con otros principios contradictorios.

REFERENCIAS.

- Aarnio, A., 1991: Lo racional como razonable, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.
- Aarnio, A., 2010: “¿Cambio o evolución?”, en Aarnio, A., et al., 2009: Bases teóricas de la interpretación jurídica, Madrid: Fundación Coliloquio Jurídico Europeo: 81-119.
- Aarnio, A., 2010: “¿Una única respuesta correcta?”, en Aarnio, A., et al., 2009: Bases teóricas de la interpretación jurídica, Madrid: Fundación Coliloquio Jurídico Europeo: 9-45.
- Alchourrón, C.E., 1969: “Lógica de normas y lógica de proposiciones normativas”, en Alchourrón y Bulygin, 1991: Análisis lógico y derecho, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales: 25-49.
- Alchourrón, C.E., 1987: “On the Philosophical Adequacy of Set Theories, en *Theoría – Segunda época*, 5-6.
- Alchourrón, C.E., 2010: Fundamentos para una teoría general de los deberes, Madrid: Marcial Pons.
- Alchourrón, C.E., y Bulygin, E. 1975: Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales, Buenos Aires: Astrea.
- Alchourrón, C.E., y Bulygin, E., 1976: “sobre el concepto de orden jurídico”, en Alchourrón y Bulygin, 1991: Análisis lógico y derecho, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales: 393-407.
- Alchourrón C.E., y Bulygin, E., 1979: Sobre la existencia de normas jurídicas, Valencia, Oficina Latinoamericana de Investigaciones Jurídicas y Sociales.
- Alchourrón C.E., y Bulygin, E., 1989: “Los límites de la lógica y el razonamiento jurídico”, en Alchourrón y Bulygin, 1991: Análisis lógico y derecho, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales: 155-167.
- Alchourrón, C.E., y Bulygin, E., 1991: Análisis lógico y derecho, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.
- Alexy, R., 1993: Teoría de los derechos fundamentales (trad. de E. Garzón Valdés), Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.
- Alexy, R., 1994: El concepto y validez del derecho, Madrid: Gedisa.

- Alexy, R., 2002: “Epilogo a la Teoría de los derechos fundamentales”, en Revista Española de Derecho Constitucional, 66 : 13-64.
- Alexy, R., 2010: Teoría de la Argumentación Jurídica. La teoría de discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica, Lima: Palestra.
- Alfonso, I., 1999: Técnicas de investigación bibliográfica, 8va ed., Caracas: Contexto.
- Amaya, Amalia., 2011: “Diez tesis acerca de la coherencia en el derecho”, en Discusiones, 10: 9-15.
- Aragón, M., 2009: Estudios de Derecho Constitucional, 2da ed., Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Arango, R., 1999: ¿Hay respuestas correctas en el derecho?, Bogotá: Siglo del Hombre Editores.
- Arias, F., 1998: Mitos y errores en la elaboración de tesis & proyectos de investigación, Caracas: Episteme.
- Atienza, M. y Ruiz Manero, J., 1996a: Las piezas del Derecho, Barcelona: Ariel.
- Atienza, M., 1996b: “Argumentación jurídica”, en Garzón Valdés, E. y Laporta, F. (ed.), 1996: El derecho y la justicia, Madrid: Trotta-Consejo Superior de Investigaciones Científicas-Boletín Oficial del Estado: 230-238.
- Atienza, M., 2002: Cuestiones Judiciales, México, D.F.: Fontamara.
- Atienza, M., 2010: “Sobre la única respuesta correcta”, en Aarnio, A., et al., 2009: Bases teóricas de la interpretación jurídica, Madrid: Fundación Coliloquio Jurídico Europeo: 47-80.
- Atria, F., 2001: On law and legal Reasoning, Oxford, Portland-Oregon: Hart Publishing.
- Atria, F., Bulygin, E., y otros, 2005: Lagunas en el Derecho, Madrid-Barcelona: Marcial Pons.
- Balestrini, M., 2006: Cómo se elabora el proyecto de investigación, Caracas: Consultores Asociados BL.
- Barberis, M., 2008: Ética para juristas, Madrid: Trotta.
- Barberis, M., 2009: “Neoconstitucionalismo, democracia e imperialismo de la moral”, en Carbonell, M. (ed.), 2009: Neoconstitucionalismo(s), Madrid: Trotta: 259-278.
- Barcellona, P., 1996: Postmodernidad y comunidad. El regreso de la vinculación social, Madrid: Trotta.

- Bastida, Francisco., et al, 2004: Teoría General de los Derechos Fundamentales en la Constitución Española de 1978, Madrid: Tecnos.
- Bayón, J.C., 1991: La normatividad del Derecho. Deber jurídico y razones para la acción, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.
- Bayón, J.C., 2009: “Derechos, Democracia y Constitución”, en Carbonell, M. (ed.), Neoconstitucionalismo(s), Madrid: Trotta.
- Berlin, I., 1982: El Erizo y la Zorra. Ensayo sobre la visión histórica del Tolstoi, Barcelona: Muchnik Editores.
- Berlin, I., 1998: El Fuste Torcido de la Humanidad. Capítulos de historia de las ideas, Barcelona: Ediciones Península.
- Berlin, I., 2003: Dos conceptos de libertad, Madrid: Alianza Editorial.
- Bermejo, J., 206: Coherencia y sistema jurídico, Madrid-Barcelona: Marcial Pons.
- Bobbio, N., 1990: “Sobre los criterios para resolver antinomias”, en Ruiz Miguel, A. (ed.), 1990: Contribución a la Teoría del Derecho, Madrid: Debate: 180-197.
- Bobbio, N., 1992: El problema del positivismo jurídico, México: Fontamara.
- Bobbio, N., 1998: Positivismo jurídico, Madrid: Debate.
- Bovero, M., 2008: “La filosofía política de Ferrajoli”, en Gianformaggio, L. (ed.), 2008: Las razones del garantismo. Discutiendo con Luigi Ferrajoli, Bogotá: Temis: 409-417.
- Brink, D., 1996: “Moral Conflict and Its Structure”, en Mason, H., 1996: Moral Dilemmas and Moral Theory, Oxford: Oxford University Press: 102-126.
- Bulygin, E., 2010: “Los jueces ¿crean derecho?”, en Malem, J., et al., 2010: La función judicial. Ética y democracia, Barcelona: Gedisa: 21-38.
- Calsamiglia, Albert., 1984: “Ensayo sobre Dworkin”, en: Prólogo a la edición en español de Los Derechos en Serio, Barcelona: Ariel.
- Calsamiglia, Albert., 1993: “El derecho como integridad”, en: Racionalidad y Eficacia del Derecho, México, D.F.: Biblioteca de Ética, Filosofía del derecho y Política: 24.
- Calvo, M., (ed.), 1995: Interpretación y argumentación jurídica, Zaragoza: Prensas Universitarias de Zaragoza.
- Carrió, G., 1990: Notas sobre Derecho y lenguaje, 4ª. ed., Buenos Aires: Abeledo-Perrot.
- Casal, J.M., 2004: Constitución y Justicia Constitucional, Caracas: UCAB.

- Casal, J.M., 2010: Los derechos fundamentales y sus restricciones, Caracas-Bogotá-Buenos Aires-México D.F.-Lima-Santiago: Legis.
- Castellano, Danilo., 2013: Constitución y constitucionalismo, Marcial Pons: Madrid-Barcelona-Buenos Aires-Sao Paulo.
- Chang, R., 1997: "Introduction", en Chang, R., (ed), 1997: Incommensurability, Incomparability and Practical Reason, Cambridge Mass: Cambridge University Press: 1-34.
- Chang, R., 1998: "Comparison and the Justification Choice", en University of Pennsylvania Law Review, 5 (146): 1569-1598.
- Chapman, B., 1998: "Law, Incommensurability, and Conceptually Sequenced Argument", en University of Pennsylvania Law Review, 5 (146): 1487-1528.
- Comanducci, P., 2003: "Formas de (neo)constitucionalismo. Un análisis metateórico", en Carbonell, M. (ed.), 2003: Neoconstitucionalismo(s), Madrid: Trotta: 75-98.
- Comanducci, P., 1999: "Principios jurídicos e indeterminación del Derecho", en Harsanyi, J., et al., 1999: Decisiones normativas en los campos de la ética, el Estado y el derecho, Caracas: Sentido: 283-302.
- Conee, E., 1982: "Against Moral Dilemmas" en Gowans, C., (ed), 1982: Moral Dilemmas, Oxford: Oxford University Press: 239-249.
- Dancy, J., 1993: Moral Reasons, Oxford: Basil Blackwell.
- De Lamo, D., 2007: "La ponderación de los derechos fundamentales en el juzgamiento jurisdiccional. Casos paradigmáticos en la jurisprudencia venezolana", Caracas: Universidad Metropolitana. [Libro en línea]. Recuperado de <http://repositorios.unimet.edu.ve/docs/48/ATK230>.
- De Otto, I., 1988: "La regulación del ejercicio de los derechos y libertades. La garantía de su contenido esencial en el artículo 153 de la Constitución", en De Otto, I. y Martín Retortillo, L., 1988: Derechos fundamentales y Constitución, Madrid: Tecnos: 86-130.
- Delgado Ocando, J. M., 2012: Estudios de filosofía del Derecho, Caracas: Tribunal Supremo de Justicia.
- Delgado, F. J., 2008: La idea del Derecho en la Constitución de 1999, Caracas: Universidad Central de Venezuela. Serie Trabajos de Grado N° 16.
- Delgado, F. J., 2012: La reconstrucción del derecho venezolano, Caracas: Editorial Galipán.
- Díaz, F. J., 1997: La Constitución como orden abierto, Madrid: McGraw Hill.

- Donagan, A., 1977: *The Theory of Morality*, Chicago: Chicago University Press.
- Donagan, A., 1984: "Consistency in Rationalist Moral Systems", en Gowans, C., (ed), 1984: *Moral Dilemmas*, Oxford: Oxford University Press: 271-290.
- Donagan, A., 1996: "Moral Dilemmas, Genuine and Spurious: A Comparative Anatomy", en Mason, H., 1996: *Moral Dilemmas and Moral Theory*, Oxford: Oxford University Press: 11-22.
- Duque, R., 2008: *Temario de Derecho Constitucional y de Derecho Público*, Caracas-Bogotá-Buenos Aires-México D.F.-Lima-Santiago: Legis.
- Dworkin, R., 1977: *The Theory and Practice of Autonomy*, Cambridge: Cambridge University Press.
- Dworkin, R., 1978: *Los derechos en serio*, Barcelona: Ariel.
- Dworkin, R., 1986: *Law's Empire*, Harvard: The Belknap Press of Harvard University Press.
- Dworkin, R., 1992: *El Imperio de la Justicia*, Barcelona: Gedisa.
- Escorcía, O. (2009). *Manual para la investigación: Guía para la formulación, desarrollo y divulgación de proyectos*, Bogotá: Universidad Nacional de Colombia. [Libro en línea]. Recuperado de <http://www.scribd.com/doc/12801875/Manual-Para-La-Investigacion-Olavo-Escorcia>.
- Elster, J., 1995: *Juicios Salomónicos. Las limitaciones de la racionalidad como principio de decisión*, (Traducción de Carlos Gardini), Barcelona: Gedisa.
- Ezquiaga, F., 2010: "Función legislativa y función judicial: la sujeción del juez a la ley", en Malem, J., et al, 2010: *La función judicial. Ética y democracia*, Barcelona: Gedisa: 21-38.
- Frank, J., 1949: *Law and the Modern Mind*, London: Stevens and Sons.
- Ferrajoli, L., 2001: *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, Madrid: Trotta.
- Ferrajoli, L., 2011: *Principia Iuris, Teoría General del Derecho y de la Democracia*, Madrid: Trotta.
- Gaido, P., 2010: "El alcance de la pretensión de corrección en la teoría de Robert Alexy", en Clérico L., Sieckmann, J-R. y Oliver-Lalana, D. (Coords.), *Derechos fundamentales, principios y argumentación. Estudios sobre la teoría jurídica de Robert Alexy*, Granada: Editorial Comares: 257-268.
- Garapon, A., 1997: *Juez y Democracia*, Madrid: Flor del Viento Ediciones.

- García-Calvo, R., 2010: “La doble vinculación del juez a la Constitución y a la ley”, en Malem, J., et al., 2010: *La función judicial. Ética y democracia*, Barcelona: Gedisa: 265-274.
- García-Pelayo, M., 1984: *Derecho constitucional comparado*, Madrid: Alianza Editorial.
- Gianformaggio, L., 2008: “Derecho y razón entre el ser y el deber ser”, en Gianformaggio, L. (ed.), 2008: *Las razones del garantismo. Discutiendo con Luigi Ferrajoli*, Temis: Bogotá: 15-41.
- Guastini, R., 2002: *Estudios sobre la interpretación jurídica* (trad. de M. Carbonell y M. Gascón), México DF: Porrúa.
- Guastini, R., 2003: “La constitucionalización del ordenamiento jurídico: el caso italiano”, en Carbonell, M. (ed.), 2003: *Neoconstitucionalismo(s)*, Madrid: Trotta: 49-73.
- Günther, K., 1995: “Un concepto normativo de coherencia para una teoría de la argumentación jurídica”, en *Doxa*, 17-18: 271-302.
- Habermas, J., 1988: *Facticidad y validez* (trad. de M. Jiménez Redondo), Madrid: Trotta.
- Habermas, J., 2002: *Teoría de la acción comunicativa*, (trad. de M. Jiménez Redondo), México, D.F.: Taurus.
- Hare, R. 1975: *El lenguaje de la Moral*, México D.F.: UNAM.
- Hare, R., 1988: “Como resolver problemas morales racionalmente”, en Olivé, L., 1988: *Racionalidad. Ensayos sobre la racionalidad en ética, política, ciencia y tecnología*, México, D.F.: Siglo XXI.
- Hart, H.L.A., 1961: *El concepto de Derecho*, Buenos Aires: Abeledo-Perrot.
- Hart, H.L.A., 1994: “El Cielo de los Conceptos de Ihering y la Jurisprudencia Analítica Moderna”, en Pompeu Casanovas y José Juan Moreso (eds.), 1994: *El Ámbito de lo Jurídico*, Barcelona: Grijalbo-Mondadori.
- Hernández, R., Fernández, C. y Baptista, P., 2006: *Metodología de la investigación*, 4ta ed., México: McGraw-Hill.
- Hilpinen, R., 1985: “Normative Conflicts and Legal Reasoning”, en Bulygin, E., et. al., 1985: *Man, Law and Modern Forms of Life*, Dordrecht: D. Reidel Publishing Company: 191-208.
- Huerta, C., 2010: “Los conflictos entre normas a luz de la teoría de los principios”, en Clérico L., Sieckmann, J-R. y Oliver-Lalana, D. (Coords.), 2010: *Derechos*

- fundamentales, principios y argumentación. Estudios sobre la teoría jurídica de Robert Alexy, Granada: Editorial Comares: 219-232.
- Hurley, S.L., 1989: *Natural Reasons. Personality and Polity*, New York: Oxford University Press.
- Ibañez, P. A., 2009: “Justificación de las decisiones judiciales: Una aproximación teórico-práctica”, en Redondo, M. C., et al., 2009: *Estado de Derecho y decisiones judiciales*, Madrid: Fundación Coliloquio Jurídico Europeo: 101-133.
- Iglesias, M., 1999: *El problema de la discrecionalidad judicial*, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.
- Jiménez, J., 1999: *Derechos fundamentales. Concepto y garantías*, Madrid: Trotta.
- Jorgensen, J., 1938: “Imperatives and Logic”, en *Erkenntnis*, 7: 288-296.
- Kant, I., 1998: *Fundamentación de la metafísica de las costumbres*, Madrid: Espasa.
- Kant, I., 2002: *Crítica de la razón práctica*, Madrid: Alianza Editorial.
- Kelsen, H., 1994: *Teoría General de las Normas*, México: Trillas.
- Kelsen, H., 2007: *Teoría pura del derecho*, México: Grupo Editorial Éxodo.
- Kelsen, H., 2008: *¿Qué es la justicia?* (trad. de A. Calsamiglia), Ariel, Barcelona.
- Kennedy, D., 2005: *Libertad y restricción en la decisión judicial. El debate con la teoría crítica del derecho (CLS)*, Bogotá: Siglo del Hombre Editores.
- La Roche, H., 1991: *Derecho Constitucional*, Tomo I, Parte General, 20ma ed., Valencia: Vadell Hermanos.
- Laporta, F. J., 2007: *El imperio de la ley. Una visión actual*, Madrid: Trotta.
- Laporta, F. J., 2010: “Algunos comentarios sobre ¿Cambio o evolución?”, en Aarnio, A., et al., 2009: *Bases teóricas de la interpretación jurídica*, Madrid: Fundación Coliloquio Jurídico Europeo: 121-137.
- Larenz, K., 1994: *Metodología de la Ciencia del Derecho*, 2da ed., Barcelona: Ariel.
- Lariguet, G., 2008: “Pluralismo, conflictos trágicos de valores y diseño institucional. En torno a las ideas de I. Berlin”, en *Derechos y Libertades*, 15.
- Lariguet, G., 2008: “Predicción, conocimiento y cambio de sistemas jurídicos. Una revisión de la propuesta de Alf Ross”, en *Anuario de Filosofía Jurídica y Social*, 17: 120-147.

- Lariguet, G., 2008: Dilemas y conflictos trágicos. Una investigación conceptual, Lima-Bogotá: Palestra-Temis.
- Leiter, B., 1995: "Legal Indeterminacy", en *Legal Theory*, 1, pp. 481-492.
- Lyons, D., 1998: Aspectos morales de la teoría jurídica, Barcelona: Gedisa.
- MacConnel, T., 1996: "Moral Residue and Dilemmas", en Mason, H. E., (ed.), 1996: *Moral Dilemmas and Moral Theory*, Oxford: Oxford Press University, 36-47.
- MacConnel, T., 1998: "Moral Dilemmas and Consistency in Ethics", en Gowans, C., (ed), 1998: *Moral Dilemmas*, Oxford: Oxford University Press: 154-173.
- MacCormick, N., 1978: *Legal Reasoning and Legal Theory*, Oxford: Clarendon Press.
- MacCormick, N., 1990: "Los límites de la racionalidad en el razonamiento jurídico", en Betegon, J., y De Páramo, J.R. (eds.), 1990: *Derecho y Moral. Ensayos analíticos*, Barcelona: Ariel: 215-237.
- Marcus, R., 1980: "Moral Dilemmas and Consistency", en *The Journal of Philosophy*, 3 (LXXVII): 121-136.
- Marcus, R., 1996: "More about Moral Dilemmas", en Mason, H. E., (ed.), 1996: *Moral Dilemmas and Moral Theory*, Oxford: Oxford Press University, 23-35.
- Martínez Roldan, L., y Fernández, J.A., 2010: *Curso de Teoría del Derecho*, Madrid: Ariel.
- Martínez Zorrilla, D., 2003: "Coherencia y criterios de resolución de contradicciones", *Base de Conocimiento Jurídico*, Madrid: Iustel. [Libro en línea]. Recuperado de www.iustel.com.
- Martínez Zorrilla, D., 2007: *Conflictos constitucionales, ponderación e indeterminación normativa*, Madrid-Barcelona-Buenos Aires: Marcial Pons.
- Martínez Zorrilla, D., 2009: "Alternativas a la ponderación. El modelo de Susan L. Hurley", en *Revista Española de Derecho Constitucional*, 86: 119-144.
- Martínez Zorrilla, D., 2010: *Metodología jurídica y argumentación*, Madrid-Barcelona-Buenos Aires: Marcial Pons.
- Martínez-Pujalte, A., 1997: *La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales*, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.
- Mateucci, N., 1995: "Positivismo giuridico e costituzionalismo", *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*. Bologna: Il Mulino.
- Meier, H., 2003: *Seguridad, Estado, Sociedad y Derecho*, Caracas: Ediciones Homero.

- Mendonca, D., 2003: Los derechos en juego. Conflicto y balance de derechos, Madrid: Tecnos.
- Molina, R., 2002: Reflexiones sobre una visión constitucional del proceso y su tendencia jurisprudencial. ¿Hacia un gobierno judicial?, Caracas: Ediciones Paredes.
- Moreso, J.J., 2002: “Guastini sobre la ponderación”, en Isonomía, 17: 227-245.
- Moreso, J.J., 2003: “Conflictos entre derechos constitucionales”, en Carbonell, M. (ed.), 2003: Neoconstitucionalismo(s), Madrid: Trotta: 99-121.
- Moreso, J.J., 2005: Lógica, Argumentación e interpretación del Derecho, Barcelona: Editorial UOC.
- Muguerza, J., 2003: “El tribunal de la conciencia y la conciencia del tribunal”, en Vázquez, R., (Compilador), 2003: Derecho y moral. Ensayos sobre un debate contemporáneo, Barcelona: Gedisa: 183-211.
- Muller, F., 1990: Die Positivität der Grundrechte, 2ª ed., Berlín: Duncker & Humblot.
- Nagel, T., 1991: Moral Questions, Cambridge, Cambridge University Press.
- Nino, C., 1989: El constructivismo ético, Madrid: Centro de Estudio Constitucionales.
- Nino, C., 2007: Introducción al análisis del Derecho, Buenos Aires: Astrea.
- O` Callaghan, X., 1991: Libertad de expresión y sus límites: honor, intimidad e imagen, Madrid: Edersa.
- Olivercrona, K., 2007: Lenguaje jurídico y realidad, México D.F: Fontamara.
- Ollero, A., 2000: “La ponderación delimitadora de los derechos humanos: libertad informativa e intimidad personal”, en Pensamiento y Cultura, 3: 157-166.
- Orozco, J., 2010: “Democracia, imperio del derecho y función jurisdiccional”, en Malem, J., et al., 2010: La función judicial. Ética y democracia, Barcelona: Gedisa: 295-317.
- Peces-Barba, G., et al., 1995: Curso de derechos fundamentales. Teoría general, Madrid: Universidad Carlos III.
- Peña, J., 2002: Manual de Derecho Administrativo. Adaptado a la Constitución de 1999, Volumen Primero. Caracas: Tribunal Supremo de Justicia.
- Peña, J., 2008a: Lecciones de Derecho Constitucional General, Volumen Primero, Tomo I. Caracas: UCV.

- Peña, J., 2008b: Lecciones de Derecho Constitucional General, Volumen Primero, Tomo II. Caracas: UCV.
- Perdomo, R. (1988). Metodología pragmática de la investigación. Con aplicaciones en las ciencias jurídicas, Mérida: Consejo de Publicaciones de la Universidad de los Andes.
- Perelman, C., y Olbrecht-Tyteca, L., 1989: Tratado de la argumentación. La nueva retórica, Madrid: Gredos.
- Pino, G., 2009: “Conflictos entre derechos fundamentales. Una crítica a Luigi Ferrajoli”, en *Doxa*, 32: 647-664.
- Pozzolo, S., 2009: “Un constitucionalismo ambiguo”, en Carbonell, M. (ed.), 2009: *Neoconstitucionalismo(s)*, Madrid: Trotta: 259-278.
- Pozzolo, S., 2011: *Neoconstitucionalismo y positivismo jurídico*, Lima: Palestra.
- Prieto, L., 1987: *Ideología e interpretación jurídica*, Madrid: Tecnos.
- Prieto, L., 2002: “Observaciones sobre las antinomias y el criterio de ponderación”, *Diritto & questioni pubbliche*, 2: 97-114.
- Prieto, L., 2003: “Neoconstitucionalismo y ponderación judicial”, en Carbonell, M. (ed.), 2003: *Neoconstitucionalismo(s)*, Madrid: Trotta: 123-158.
- Prieto, L., 2009 : *Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales*, Madrid: Trotta.
- Prieto, L., 2013: *El constitucionalismo de los derechos. Ensayos de filosofía jurídica*, Madrid: Trotta.
- Ratti, G., 2013: *El gobierno de las normas*, Madrid-Barcelona-Buenos Aires-Sao Paulo: Marcial Pons.
- Rawls, J., 1996 : *El liberalismo político*, Barcelona: Crítica.
- Rawls, J., 2002: *Teoría de la Justicia*, México D.F.: Fondo de Cultura Económica.
- Raz, J., 1986^a: “Incommensurability”, Chapter 13, *The Morality of Freedom*, Oxford: Oxford University Press.
- Raz, J., 1986b: “Introducción” en *Razonamiento Práctico*, Raz, J., (compilador), México D.F.: Fondo de Cultura Económica.
- Raz, J., 1990: “Introducción”, en *Authority*, Raz, J., (ed), New York: New York University Press.

- Raz, J., 1997: "Incommensurability and agency", en *Incommensurability, Incomparability and Practical Reason*, Harvard: Harvard University Press.
- Redondo, M. C., 2009a: "Sobre principios y Estado de Derecho", en Redondo, M. C., et al., 2009: *Estado de Derecho y decisiones judiciales*, Madrid: Fundación Coliloquio Jurídico Europeo: 9-39.
- Redondo, M. C., 2009b: "Sobre la justificación de la sentencia judicial", en Redondo, M. C., et al., 2009: *Estado de Derecho y decisiones judiciales*, Madrid: Fundación Coliloquio Jurídico Europeo: 63-100.
- Rodríguez, J., 2000: *La ponderación de bienes e intereses en el Derecho Administrativo*, Madrid: Marcial Pons.
- Rondón, H., 2013: *Ab imis Fundamentis. Análisis de la Constitución venezolana de 1999. Parte orgánica y sistemas.*, Caracas: Gráficas Lauki.
- Ross, A., 1958: *On Law and Justice*, London: Steven & Son.
- Ruiz, J., 1990: *Jurisdicción y normas*, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.
- Ruiz, J., 1999: "Algunos límites de la teoría del derecho del Alchourron y Buligyn", en *Isonomía*, 12.
- Ruiz, J., 2005: "Algunas concepciones del derecho y sus lagunas", en Atria., et al., 2005: *Lagunas en Derecho*, Madrid: Marcial Pons: 103-126.
- Salazar, P., 2012: "Garantismo y Neoconstitucionalismo frente a frente: algunas claves para su distinción", en Ferrajoli, L. (ed.), 2012: *Un debate sobre el constitucionalismo*, Madrid-Barcelona-Buenos Aires-Sao Paulo: Marcial Pons: 287-307.
- Santiago, A., (2008). "Neoconstitucionalismo", en *Anales de la Academia de Ciencias Morales y Políticas*, 12: 1-26.
- Sauca, J. M., 2009: "Cognoscitivism y Rule of Law", en Redondo, M. C., et al., 2009: *Estado de Derecho y decisiones judiciales*, Madrid: Fundación Coliloquio Jurídico Europeo: 41-61.
- Schmitt, C., (2001). *El "Führer" defiende el Derecho*, México D.F.: Fondo de Cultura Económica.
- Schmitt, C., (2010). *La tiranía de los valores*, Madrid: Comares Editores.
- Sieckmann, Jan-R., 2010: "Problemas de la teoría principalista de los derechos fundamentales", en Clérico L., Sieckmann, J-R. y Oliver-Lalana, D. (Coords.),

- 2010:Derechos fundamentales, principios y argumentación. Estudios sobre la teoría jurídica de Robert Alexy, Granada: Editorial Comares: 37-72.
- Singer, P., 1995: Compendio de ética, Madrid: Alianza Diccionarios.
- Sinnott-Armstrong, W., 1996: "Moral Dilemmas and Rights", en Mason, H. E., (ed.), 1996: Moral Dilemmas and Moral Theory, Oxford: Oxford Press University, 48-65.
- Tarello, G., 1980: L'interpretazione Della legge, Milano: Giuffrè.
- Taurek, J. M., 1977: "Should the Numbers Count?", Philosophy and Public Affairs, Vol. 5, No. 4.
- Tosta, M., 2007: Evolución reciente del Derecho venezolano, Caracas: UCV.
- Tosta, M., 2009a: El Derecho como prudencia, Caracas: UCV.
- Tosta, M., 2009b: Lo racional y lo irracional en el Derecho, Caracas: UCV.
- Tosta, M., 2012: Ensayos de Filosofía del Derecho, Caracas: Ediciones Paredes.
- Troper, M., 2010: "El poder judicial y la democracia", en Malem, J., et al., 2010: La función judicial. Ética y democracia, Barcelona: Gedisa: 209-234.
- Universidad Pedagógica Experimental Libertador., 2006: Manual de trabajos de grado de especialización y maestría y tesis doctorales, Caracas: Autor.
- Vigo, R. L. (H), 2006: Perspectivas iusfilosóficas contemporáneas, 2da. ed., Buenos Aires: Abeledo-Perrot.
- Von Wright, G.H., 1963: Norm and action. A Logical Enquiry, London: Routledge & Kegan Paul.
- Waldron, J., 1989: "Rights in Conflict", en Ethics, 99: 503-519.
- Weber, M., 2002: El político y el científico, Madrid: Alianza Editorial.
- Welzel, H., 1959: Naturrecht und Rechtspositivismus, (hay traducción al castellano por la que cito, de Ernesto Garzón Valdés, Córdoba, Argentina, 1962, pp. 65-103).
- Williams, B., 1973a: "Ethical Consistency", en Williams, B., 1973: Problems of the Self, Cambridge: Cambridge University Press: 166-186.
- Williams, B., 1973b: "Consistency and Realism", en Williams, B., 1973: Problems of the Self, Cambridge: Cambridge University Press: 187-205.

- Williams, B., 1981: *Moral Luck*, Cambridge, Cambridge University Press. Hay traducción al español de Susana Marín, México, D.F.: Universidad Nacional Autónoma de México.
- Wróblewski, J., 1971: "Legal Decision and Its Justification", en *Logique et Analyse*, 53-54: 409-419.
- Wróblewski, J., 1974: "Legal Syllogism and Rationality of Judicial Decision" en *Rechtstheorie*, 5: 33-46.
- Zagrebelsky, G., 1997: *El derecho dúctil*, 2da. ed., Madrid: Trotta.
- Zerpa, L., 2002: "La argumentación jurídica", en V.V.A.A., *Curso de Capacitación sobre Razonamiento Judicial y Argumentación Jurídica*, Caracas: Tribunal Supremo de Justicia: 163-278.
- Zimmerman, M., 1996: *The Concept of Moral Obligation*, Cambridge: Cambridge University Press.